

Jurisprudencia Concursal 3.0

Resoluciones de la Sección 15ª
de la Audiencia Provincial de Barcelona

Autor

José María Marqués Vilallonga

Luis Nieto Borràs
Ana Marqués Vilallonga
Jordi Sancho Teruel

Entidades colaboradoras:

aliquia



CONCURSADAS

www.concursadas.com

1ª edición (3.0), marzo de 2014

Monográfico de Jurisprudencia Concursal 3.0
Resoluciones de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.
Autor: José María Marqués Vilallonga.
Colaboradores: Luis Nieto Borràs, Ana Marqués Vilallonga, Jordi Sancho Teruel.

La presente obra tiene por finalidad informar sobre la actualidad jurídica en materia concursal y está sometida al régimen de *contenido abierto*. En consecuencia está expresamente permitida su copia, impresión y distribución por cualquier medio, con los siguientes matices.

- ✓ El régimen de contenido abierto en ningún caso implica la renuncia o desistimiento de los derechos de autor.
- ✓ La reproducción parcial de las sentencias no deberá alterar el sentido de las mismas ni de su doctrina jurisprudencial. Las citas deberán ser entrecuilladas.
- ✓ La sentencia deberá ser identificada siempre con la fecha y el nombre del ponente.
- ✓ Los resúmenes en ningún caso deberán tener la consideración de doctrina jurisprudencial.
- ✓ El régimen de contenido abierto únicamente afecta a la presente edición (3.0). En consecuencia, versiones o ediciones posteriores de la presente obra podrán ser objeto de la reserva de derechos que en su caso se establezca por el autor.

Las citas a la fuente para permitir la consulta de la sentencia íntegra, se harán de la siguiente manera: "MARQUÉS VILALLONGA, JOSÉ MARÍA, *Jurisprudencia Concursal 3.0*, febrero de 2014, contenido abierto *on line*" en su texto extenso y "JC 3.0" en su texto abreviado.

Con carácter periódico se procederá a la actualización de su contenido. Se ruega a todos los usuarios que los errores, sugerencias, mejoras, etc... sean advertidos a su autor mediante un correo electrónico remitido a marques@actabogados.com.

Jurisprudència concursal de la Secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona

(abril de 2012 - desembre de 2013)

Reprenent el treball realitzat en l'any 2011 hem sistematitzat i resumit tota la jurisprudència de la secció 15a de l'Audiència Provincial de Barcelona en matèria concursal en el període esmentat. La nostra intenció passa per divulgar gratuïtament la Jurisprudència d'aquesta secció perquè serveixi de referent als agents que intervenen en aquest tipus de procediments.

En aquesta ocasió hem confeccionat una obra oberta i en suport digital a la qual s'aniran incorporant futures resolucions.

No volem deixar d'agrair, per motius diversos, la generositat i suport prestats, ara o al seu moment, als Senyors Ignacio Sancho Gargallo, Daniel Vázquez Albert, Fernando Cerdá Albero, Juana Pulgar Ezquerria, Victoria Berzosa Franco, Javier Arias Varona, José Ignacio Parellada Vilella, Joaquín Massanella Rodríguez, Fernando Mier Méndez, Fernando Soler Vilallonga, Joan Lloret Billota i Raúl Lorente Sibina, així com als responsables de la Subdirecció de Política Industrial dependent de la Direcció General d'Indústria de la Generalitat de Catalunya.

José María Marqués Vilallonga
Barcelona, 11 de març de 2014

Índice general

<u>Capítulo 1.- Solicitud y declaración de concurso.</u>	5
Insolvencia, requisitos de la solicitud de concurso, presupuestos de la declaración, concurso necesario.	
<u>Capítulo 2.- Órganos del concurso. Honorarios.</u>	31
Juzgado, administración concursal, junta de acreedores, letrado de la concursada.	
<u>Capítulo 3.- Efectos del concurso.</u>	53
Efectos sobre el deudor, los acreedores, los contratos.	
<u>Capítulo 4.- Acciones de reintegración.</u>	79
<u>Capítulo 5.- Masa activa.</u>	179
Bienes, derechos, <i>separatio</i> y compensación.	
<u>Capítulo 6.- Masa pasiva.</u>	218
Comunicación, reconocimiento, graduación, créditos contra la masa.	
<u>Capítulo 7.- Convenio.</u>	348
<u>Capítulo 8.- Liquidación.</u>	361
<u>Capítulo 9.- Calificación.</u>	410
<u>Capítulo 10.- Conclusión.</u>	583
Conclusión del concurso y reapertura.	
<u>Capítulo 11.- Procedimiento.</u>	600
<u>Índice de sentencias por orden temporal.</u>	666

Jurisprudencia Concursal

Capítulo 1.- Solicitud y declaración de concurso.

Insolvencia, requisitos de la solicitud de concurso, presupuestos de la declaración, concurso necesario

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 142/2012, de 26 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Una mera afirmación de insolvencia que no se sustenta en ningún dato o documento (sin identificar a ningún acreedor ni aportar ningún dato de la sociedad), no basta para declarar el **concurso necesario**. Por el contrario, debe valorarse si concurre o no el hecho revelador de la **insolvencia** a partir de los datos y documentos aportados con la solicitud y conforme a la situación de hecho existente al tiempo de presentarse.

Además, para poder declarar concurso necesario, la insolvencia debe ser **actual**. Si ésta es **inminente**, no podría ser invocada por el acreedor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida desestima el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 24 de enero de 2012 que acuerda no admitir a trámite el concurso necesario instado por R.E., S.A. de la sociedad FARM., S.A. En una y otra resolución el *juez a quo* entiende justificada la legitimación activa del instante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Concursal. Por el contrario considera que la actora no justifica, siquiera mínimamente, el hecho revelador de la insolvencia –el sobreseimiento generalizado en el

pago corriente de las obligaciones del deudor-.

La apelante impugna dicha resolución alegando, en primer lugar, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa (artículo 24 de la CE). En segundo lugar la recurrente afirma que la Ley Concursal no establece “un filtro previo a la admisión a trámite de la solicitud”. Por tanto, a su entender, justificada la legitimación e invocado un hecho revelador, el juzgado debió necesariamente admitir a trámite la demanda, quedando para la vista la prueba de los hechos alegados. En tercer lugar la recurrente denuncia el que no se le diera la oportunidad de subsanar la “supuesta carencia” (hecho tercero del recurso). Por último alega que la insolvencia fue reconocida por el deudor en las conversaciones previas, que la situación de insolvencia alcanza también a otra sociedad participada (FARM.EU., S.A.) y que, finalmente, la insolvencia habría quedado acreditada con la posterior solicitud de concurso voluntario.

SEGUNDO.- Como ya dijimos en autos de 18 de abril de 2006 (Rollo 793/2005) y 16 de febrero de 2012 (Rollo 34/2012), **el artículo 15 de la Ley Concursal no impide que el juez del concurso deba hacer un examen de la solicitud antes de admitirla a trámite para determinar si concurren los indicios de insolvencia a que se refiere el artículo 2.4º de la Ley Concursal.** La Ley no prevé una reacción automática de admisión de toda solicitud de concurso necesario, sino que impone un control inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud o la documentación. **No basta con la afirmación realizada en la solicitud de que deudor se encuentra en insolvencia para que el examen de fondo deba quedar postergado al trámite de oposición.** El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio de audiencia al deudor no es razón suficiente para excluir el examen de la concurrencia de los indicios de insolvencia que expresa el artículo 2.4 de la LC en el momento de admisión a trámite del concurso necesario. Si así fuera, habría supuestos en los que se podría declarar el concurso sin examen judicial sobre la concurrencia del presupuesto esencial del concurso, esto es, la insolvencia, atendido que el examen posterior únicamente es posible en el caso de oposición del deudor.

Por lo que se refiere al sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones, como hecho revelador de la insolvencia, de forma reiterada hemos sostenido que debe ser definitivo, general y completo, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, como vino entendiendo la jurisprudencia al interpretar el artículo 876.2º del Ccom.

En cualquier caso, como señalamos en Auto de 27 de enero de 2006 (Rollo 324/2005), **las expresiones genéricas, meramente rituales y orientadas a satisfacer el artículo 7 de la LC, son insuficientes, dado que causarían una evidente indefensión al deudor, que se vería obligado a comparecer para plantear su oposición sin un conocimiento exacto de en qué basa el solicitante su insolvencia, esto es, sin saber a qué oponerse.**

TERCERO.- En el presente caso el solicitante se limitó a señalar en su solicitud que “había sido informada por otros proveedores del impago por parte de la demandada de otros suministros y trabajos realizados, lo que pone de manifiesto la situación de sobreseimiento general en los pagos al deudor” (hecho cuarto). Y la resolución recurrida, con buen criterio, no admitió a trámite la solicitud. **No se identifica a ningún acreedor, a pesar de admitir la actora en el recurso que el “sector farmacéutico es un sector acotado en el que los fabricantes no son numerosos y se relacionan entre sí”. Tampoco se aporta ningún dato de la sociedad, ni sus cuentas anuales o información de registros públicos, boletines oficiales o empresas especializadas.** Se trata, en definitiva, de una mera afirmación solemne que no se sustenta en ningún dato o documento.

En el recurso la recurrente añade que el sobreseimiento generalizado en los pagos habría sido reconocido por FARM., S.A. en las conversaciones previas. Se trata de nuevo de una mera afirmación que podría invocar cualquiera y que no se justifica de ningún modo.

CUARTO.- No se ha vulnerado el derecho de defensa de la demandante. **El derecho de la tutela judicial efectiva** (artículo 24 de la Constitución), según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, se satisface mediante una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, como es la que obtuvo la recurrente, incluso cuando se inadmite una acción en virtud de una aplicación argumentada

y no arbitraria de la Ley.

En cuanto a la posibilidad de subsanación, trámite que omitió el juzgado, el defecto no fue denunciado por la apelante, lo que impide que se analice en esta instancia.

Al parecer, FARM., S.A. solicitó el concurso voluntario pocos días después del necesario, según se señala en la propia resolución recurrida. Con ello, alega la apelante, quedaría acreditada la situación de insolvencia por reconocimiento del propio deudor. Pues bien, como bien indica el juez de instancia, **debe valorarse si concurre o no el hecho revelador de la insolvencia a partir de los datos y documentos aportados con la solicitud y conforme a la situación de hecho existente al tiempo de presentarse**. Debe tenerse en cuenta, además, que no consta que el concurso voluntario llegara a ser declarado. Tampoco consta si esta segunda solicitud se justificó en la insolvencia actual o inminente del deudor, lo que es relevante en el presente caso, pues, **de ser inminente la insolvencia, no podría ser invocada por el actor**.

Por todo ello, con desestimación del recurso, debe confirmarse la resolución recurrida.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 151/2012, de 12 de Diciembre de 2012.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Cuando se invoca la **cesación en el pago corriente** de las obligaciones en una solicitud de concurso necesario, ésta debe ser generalizada; y el **sobreseimiento**, definitivo, general y completo, que afecte a la generalidad de las obligaciones corrientes, y no fundado en impagos esporádicos o aislados.

Si el que solicita el concurso necesario no ha iniciado el procedimiento de **ejecución singular** para mostrar la insuficiencia de bienes para el pago de su crédito del art. 2.4 LC, la existencia de operaciones impagadas de cuantías relativamente menores, no es indicio suficiente para admitir una cesación generalizada en los pagos, y por tanto para declarar concurso necesario.

Notas: Cita de los Autos de la misma sección, de 18 de abril de 2006 y de 19 de julio de 2011.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. La resolución apelada, de fecha 28 de marzo de 2012, confirmó la anterior de 1 de marzo que denegaba la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario que formuló, en su condición de acreedora, S.O.T., S.L., frente a su deudora G.E.M.I., S.L., por apreciar que la instante no había justificado inicialmente y de manera suficiente el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor (art. 2.4.1º LC), hecho en el que se fundaba la solicitud de concurso.

2. Sostiene en su recurso la parte instante que el control *a limine* que ha realizado el juez mercantil sobre la concurrencia de tal hecho revelador de la insolvencia es improcedente, ya que en la fase de admisión a trámite de la solicitud el juez a lo sumo podrá entrar a valorar si existe o no una pluralidad de acreedores pero no le está permitido valorar la acreditación del sobreseimiento general en los pagos, cuya prueba ha de quedar relegada al posterior trámite contradictorio.

SEGUNDO. 3. El art. 13.1 LC (tras la reforma operada por la Ley 38/2011, aplicable al caso) dispone que el juez *examinará* la solicitud de concurso y si la estimara *completa* proveerá conforme a los arts. 14 o 15. En otro caso, indica el art. 13.2, si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto *procesal o material o que ésta es insuficiente*, otorgará al solicitante un plazo a efectos de *justificación o subsanación*. La norma, por tanto, **no prevé una reacción judicial automática de admisión de la solicitud, sino que impone un control judicial inicial sobre la regularidad y justificación de la solicitud de concurso, tanto en el aspecto procesal como material, lo que implica que la solicitud de concurso ha de estar justificada.**

El aspecto material de este control inicial sobre la justificación de la solicitud no se traduce, obviamente, en la exigencia al solicitante del concurso necesario de una cumplida prueba de la insolvencia del deudor, o del hecho revelador consistente en el sobreseimiento generalizado en los pagos, de tal modo que el juez adquiriera la convicción, a partir de la solicitud y documentación acompañada, de que efectivamente concurre el presupuesto objetivo del concurso (a salvo el supuesto del art. 15.1 LC). Se trata, en el **plano material**, de que el solicitante aporte datos y elementos de justificación idóneos para que el juez pueda formarse un juicio provisional e indiciario, en grado de fundada probabilidad, de que concurre el presupuesto objetivo del concurso respecto del deudor determinado, y no una simple posibilidad o hipótesis que será despejada o confirmada en el trámite contradictorio. Este control material *a priori*, a la hora de proveer sobre la solicitud de concurso necesario, es coherente con la trascendencia de ese acto procesal, pues, de ser admitida a trámite y resultar infundada, puede ocasionar daños y perjuicios al deudor, y de ahí la previsión indemnizatoria del art. 20.1 *in fine* si la declaración de concurso es desestimada.

Por ello, como hemos mantenido en anteriores resoluciones (Autos de 18 de abril de 2006 -Rollo 793/2005- y de 19 de julio de 2011 -Rollo 284/2011-), **no basta a estos efectos que en la solicitud de concurso necesario se afirme que el deudor se encuentra en situación de insolvencia o que ha sobreseído de manera general en el pago corriente de sus obligaciones, para que el examen de fondo del presupuesto objetivo o de los hechos reveladores de la insolvencia quede postergado al trámite de oposición. El mero hecho de que se haya introducido un trámite contradictorio con audiencia del deudor no es razón suficiente para excluir el examen *a limine* de la concurrencia de indicios serios y razonables del hecho o hechos reveladores de la insolvencia que puede invocar el acreedor solicitante, en particular del aquí alegado. Sólo así el deudor podrá posicionarse con suficiente conocimiento de causa frente a la pretensión de concurso rebatiendo los concretos hechos indiciarios supuestamente reveladores del sobreseimiento generalizado en los pagos (art. 18.2 LC).**

CUARTO. 5. La solicitante invocaba su condición de acreedora por el suministro de materiales de construcción que ha generado una facturación por la suma total de 10.986 €, para cuyo pago parcial la deudora libró un pagaré por importe de 5.458,24 €, que resultó impagado a su vencimiento (25 de octubre de 2011).

Fundaba la solicitud de concurso necesario, como se ha dicho, en el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor, conforme permite el art. 2.4.1º LC, y citaba así mismo el supuesto previsto en el subapartado 4º, esto es, el impago generalizado de obligaciones tributarias y de cuotas de la Seguridad Social.

Respecto de este último hecho revelador de la **insolvencia** adelantamos ya que **no existe el menor indicio de su existencia o realidad**. Nada se justificaba en la solicitud más allá de una mera afirmación, que además contradice el informe de AXESOR (Servicios de Información Empresarial a través de Internet), que acompaña a la solicitud, denominado "Informe básico de Riesgo para la toma de decisiones de concesión o denegación de crédito comercial", en cuya página 6 leemos que *"no consta deuda alguna en lo referente a impagos con las Administraciones Públicas o por demandas presentadas por particulares ante Juzgados y Tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales"*.

6. Pese a contar con un título cambiario que lleva aparejada ejecución, la solicitante no ha iniciado el correspondiente procedimiento de ejecución singular que hubiera podido mostrar el resultado

infructuoso de los embargos por ausencia o insuficiencia de bienes libres bastantes para el pago de su crédito (art. 2.4 LC), situación que hubiera determinado la declaración de concurso necesario sin previo emplazamiento del deudor, de acuerdo con el art. 15.1 LC. Ha optado por acudir directamente a la solicitud de concurso alegando el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones (art. 2.4.1º LC), hecho que intenta justificar mediante los datos indiciarios que, valorados a estos efectos por el juez mercantil, seguidamente exponemos.

Previamente hemos de advertir que la cesación en el pago corriente de las obligaciones del deudor, en cuanto situación reveladora de la insolvencia en el sentido del art. 2.2 LC, debe ser, como el precepto indica, generalizada, es decir, no equivalente a impagos esporádicos o aislados, sino que el sobreseimiento ha de ser definitivo, general y completo, afectando a la generalidad de las obligaciones corrientes, como de forma reiterada hemos venido sosteniendo (entre otras, auto de 29 de junio de 2009- ROJ: AAP B 6505/2009-).

QUINTO. 7. En justificación del hecho alegado, la solicitante mencionaba las cuentas anuales de la sociedad deudora del ejercicio de 2010, por revelar una situación de dificultad financiera.

Examinadas tales cuentas comprobamos los siguientes datos contables: el activo corriente se cifra en 1.676.263 € (incluye, entre otras partidas, existencias por 567.703 € y deudores comerciales por 1.032.071 €); el pasivo corriente a 1.265.712 €; el resultado del ejercicio es positivo por 64.467 €; la cifra de negocios asciende a 2.242.227 €, y el patrimonio neto (positivo) a 375.847 € (con un capital social de 50.010 €).

De tales datos no es deducible una situación patrimonial o financiera reveladora de la incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, al margen de la escasa significación económica del crédito alegado (10.986 €) y de que la solicitud de concurso es presentada en febrero de 2012.

8. A los mismos efectos fue aportado el mencionado informe de AXESOR ("*Informe básico de riesgo para la toma de decisiones de concesión o denegación de crédito comercial*"), que refleja, al día 16 de enero de 2012, que "*no consta deuda alguna en lo referente a impagos con las Administraciones Públicas o por demandas presentadas por particulares ante Juzgados y Tribunales...*".

Ello no obstante, el informe dice haber "*detectado un comportamiento en pagos irregular, no atendiendo puntualmente al pago de todas sus obligaciones*", y que la deudora "*presenta un excesivo endeudamiento a corto plazo que podría comprometer su equilibrio patrimonial*", calificando la "*probabilidad estimada de impago para los próximos 12 meses: 100 % riesgo máximo*". Tales conclusiones parecen sustentadas en que constan registradas "*12 operaciones impagadas por un importe de 126.684 € en el Registro de Aceptaciones Impagadas (RAI)*", constando como "*fecha inicio*" (que suponemos es la fecha de la inclusión en el RAI) la de 14 de enero de 2012.

De otro lado, se aporta un "*Informe de prospección*" emitido por ASNEF, aparentemente de la misma fecha (16 de enero de 2012), en el que figura que la deudora "*no tiene ninguna reclamación ni incidencia judicial*". No obstante, hace constar la existencia de 4 operaciones impagadas por un saldo de 34.159 euros y "*nº sectores acreedores 3*".

9. Estimamos que tales datos fueron correctamente valorados por la resolución apelada, pues de ellos no resulta un impago generalizado, a febrero de 2012, de las obligaciones corrientes que pesan sobre la parte solicitada, frente a la cual no existe ninguna reclamación judicial en curso ni constan deudas frente a organismos públicos. La existencia de cuatro operaciones impagadas, según el informe ASNEF, por importe de 34.159 €, o de 12 impagos por importe de 126.684 € según el Informe AXESOR a partir del RAI, en enero de 2012 (sin especificar si se trata de un mismo acreedor o de varios), no es indicio suficiente para admitir una cesación generalizada en los pagos, cuando no se identifican acreedores, la anotación en el RAI es muy reciente, el saldo deudor no parece relevante en contraste con la cifra de negocios de la sociedad alcanzado en 2010, y no se aporta una investigación

patrimonial de la compañía deudora. **La situación analizada podría ser indicativa de impagos puntuales, pero no de un sobreseimiento generalizado.**

SEXTO. 10. Procede por ello desestimar el recurso con imposición de las costas al apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 46/2013, de **21 de Marzo de 2013**.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La **legitimación activa** para instar un concurso necesario no requiere que el crédito conste en documento público o título ejecutivo, basta que el mismo resulte acreditado. Instar el concurso necesario no puede considerarse un abuso del derecho cuando existe una situación de insolvencia.

La insolvencia está conceptuada en el art. 2.2 LC como la incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, lo que no equivale a una situación temporal o puntual de incapacidad para hacer el pago de las obligaciones exigibles, sino que es algo más **grave o persistente**.

No se puede **combatir la alegación de insolvencia** alegando hechos genéricos o proyectos en marcha.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. P.M.Q., M.V.M. y J.S.C. solicitaron el concurso necesario de C.I., S.A., L.W., S.L.U y C.E., S.L., afirmándose acreedores de las mismas por créditos laborales. En la solicitud afirmaban que las referidas sociedades habían incurrido en diversos indicios de insolvencia, concretamente: (i) el sobreseimiento en el pago de obligaciones; (ii) embargos por ejecuciones pendientes que afectaban de modo general a sus patrimonios; (iii) alzamiento y liquidación apresurada de sus bienes e (iv) incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

2. Las solicitadas se opusieron a la solicitud alegando que realmente no se refieren verdaderos indicios de insolvencia y que se estaba incurriendo con la misma en un verdadero abuso de derecho. También se alegaba falta de legitimación activa de los solicitantes e inexistencia de insolvencia.

3. La resolución recurrida estimó que concurría legitimación de los solicitantes y que se había acreditado la situación de insolvencia de las solicitadas, por lo que declaró el concurso necesario.

4. El recurso de las solicitantes se funda en los siguientes motivos:

- a) Falta de legitimación activa de los solicitantes, porque no han pretendido previamente acudir a una ejecución singular para la efectividad de sus créditos.
- b) Fraude de ley y abuso de derecho y de jurisdicción, ya que el escaso tiempo de que dispuso para preparar la ejecución no le permitió una defensa efectiva.
- c) Inexistencia de hechos reveladores de insolvencia.
- d) Inexistencia de insolvencia.

SEGUNDO. 5. El primer motivo del recurso denuncia falta de legitimación activa de los demandantes por no haber intentado previa la ejecución de sus créditos a través del procedimiento singular de ejecución.

6. No podemos compartir que la legitimación activa del acreedor exija que haya instado previamente un proceso de ejecución singular. La LC no exige, para reconocer legitimación activa a los acreedores, ni siquiera que su crédito conste en documento público o título ejecutivo sino que basta que el mismo resulte acreditado. En el supuesto enjuiciado resulta incuestionable el crédito, que resulta de resoluciones judiciales firmes, lo que desautoriza completamente la alegación de falta de legitimación activa.

TERCERO. 7. El segundo motivo denuncia fraude de ley, abuso de derecho y de jurisdicción, invocación con la que se justifica la indefensión que afirma que la solicitud le ha producido a las recurrentes, dadas las limitaciones defensivas que permite el incidente de oposición a la solicitud de concurso.

8. Tampoco podemos compartir que exista el abuso de derecho invocado y que se pretende justificar con alegaciones genéricas. El procedimiento concursal es el que es y no creemos que su estructura impida a la solicitada una defensa razonable. Y **tampoco existe abuso de derecho por el hecho de haber utilizado un derecho, el que tiene el acreedor insatisfecho de instar el concurso en una situación que juzga de insolvencia de sus deudores.** Con ello asume el riesgo, si se equivoca, de tener que pagar las costas e indemnizar a los solicitados los daños y perjuicios (art. 20.1 LC), esto es, en el caso de que la solicitud no prospere porque los solicitados acrediten que no estaban en insolvencia o que no es cierto que existan los indicios de insolvencia invocados en la solicitud.

CUARTO. 9. El tercero de los motivos del recurso cuestiona, uno por uno, los indicios de insolvencia a los que se refería la solicitud. Ese proceder, que podía estar justificado en la oposición a la solicitud, ya ha dejado de estarlo, pues el recurso debe partir de las conclusiones que sobre este particular alcanza la resolución recurrida, que es lo que trata de combatir, no tanto la solicitud.

10. Es cierto que la solicitud incurrió en el exceso de invocar todos y cada uno de los hechos indicativos de insolvencia del art. 2.4 LC, con una justificación bastante genérica o deficiente en alguno de los casos, al menos. No obstante, la resolución recurrida descarta claramente la existencia de alguno de ellos, tales como el sobreseimiento generalizado en los pagos y tácitamente otros y se centra exclusivamente en uno de los indicios reveladores de la insolvencia, esto es, el establecido en el apartado 4.º del art. 2.4 LC, considerando acreditado el incumplimiento de obligaciones laborales y de la seguridad social. Por consiguiente, a partir de ello es como debemos considerar lo que se afirma en el recurso.

Por consiguiente, no daremos respuesta alguna a otros motivos indicativos de la insolvencia distintos a los que la resolución recurrida tomó en consideración, salvo en el caso de que el recurso prosperara, único supuesto en el que tiene sentido entrar a analizar si concurren otros indicios de insolvencia distintos a los que la resolución recurrida tomó en consideración para declarar el recurso.

11. Lo que alega el recurso respecto del único indicio de insolvencia que la resolución recurrida toma en consideración, el impago de deudas de la Seguridad Social, es bien elocuente: *<<...si bien es cierto que existen deudas con la Seguridad Social, también es cierto que se hallan en avanzado estado de negociación el aplazamiento de las mismas mediante garantías hipotecarias...>>*. En suma, las recurrentes reconocen que es cierto que concurre el indicio de insolvencia referido, lo que es razón suficiente para desestimar el recurso, pues de ello se deriva que está justificada la declaración del concurso.

12. El hecho de que otras muchas empresas de nuestro país se puedan encontrar en la misma situación que las recurrentes, esto es, con deudas con la Seguridad Social y pendientes de obtener un aplazamiento de su pago, no justifica que no concorra el indicio de insolvencia referido. Esto es lo relevante, como punto de partida, sin perjuicio de lo cual no podemos ignorar que haber incurrido en un indicio de insolvencia no es equivalente, sin más, a estar en insolvencia. A las solicitadas les cabía la posibilidad de cuestionar no solo que no concurrían los indicios de insolvencia sino también de que estando incursas en indicios de insolvencia, como sin duda lo están, no lo están en insolvencia.

La insolvencia está conceptuada en el art. 2.2 LC como la incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, lo que no equivale a una situación temporal o puntual de incapacidad

para hacer el pago de las obligaciones exigibles, sino que es algo más grave o persistente. Les cabía a las solicitadas oponer que su situación no era la de insolvencia, a pesar de los indicios de la misma que su situación podía ofrecer, y efectivamente lo hicieron alegando que se trataba de compañías en plena actividad y con multitud de proyectos en marcha.

QUINTO. 13. Como se acaba de anticipar, las solicitadas no solo opusieron la ausencia de indicios de insolvencia sino que también alegaron que no existía su insolvencia, al menos de forma indirecta, ya que pusieron de manifiesto su gran solvencia haciendo referencia a la multitud de proyectos en marcha que afrontaban en el momento de la solicitud, hasta 18 proyectos distintos. El recurso insiste en esa misma idea.

14. También en este punto debemos compartir el criterio que expresa la resolución recurrida. **Los hechos que fundan la oposición en este punto son de carácter completamente genérico. El hecho de que exista una pluralidad de proyectos en marcha no es suficientemente indicativo de la solvencia del grupo de sociedades ni de las concretas sociedades declaradas en concurso.** Lo que le incumbía a las recurrentes, a partir de la información que resulta de sus propias cuentas, es acreditar su solvencia, extremo sobre el que no podemos considerar que realmente hicieran esfuerzo alguno.

SEXTO. 15. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas a las apelantes, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 58/2013, de 23 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En una solicitud de concurso necesario, el impago aislado a un acreedor no es suficiente para aceptar la situación de **insolvencia**.

El **presupuesto del concurso** no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones ni los otros hechos que enumera el 2.4 LC (sin perjuicio de que esos datos puedan ser reveladores de la insolvencia), sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles.

Notas: Esta cuestión es objeto de debate, al menos, desde los tiempos de la Barcelona Traction. Recordemos que el Juez de Reus declaró aquella famosa quiebra fundando “la generalidad en el impago” en un reconocimiento expreso de existir en el balance de la compañía una deuda vencida por intereses desde hacía diez años de 9.643.532,45 dolares useños. Garrigues calificó la alegación de efectista y de haber procedido el Juez con ligereza al tiempo de la declaración. Por el contrario, los profesores Polo, Ballbé, Guasp, Uría y García Valdecasas consideraron que concurría el presupuesto. Todos los dictámenes de aquel caso resultan atinados en este y en los restantes extremos objeto de pronunciamiento –competencia territorial, condiciones subjetivas y objetivas de la quiebra, concepto de masa, la liquidación, etc...-. Pero queremos destacar lo manifestado por Uría cuando indica que *la omisión o impago en que el estado de insolvencia consiste, es aquella que nos simplemente desatiende un crédito determinado, sino que lesiona el crédito en sentido objetivo y menoscaba el crédito subjetivo del deudor. Este criterio es el único que permite determinar la existencia o no del estado de insolvencia, en cada caso concreto. Este estado de insolvencia no puede ser momentáneo, pero tampoco es preciso que sea permantente; no se exige una determinada duración, basta que sea accidental y transitoria.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El auto apelado desestimó la declaración de concurso necesario de la sociedad V.BON.T., S.A. instada por su acreedora H.SAL.A., S.L., que alegó como hecho revelador de la insolvencia, conforme permite el art. 2.4 LC, el despacho de ejecución de un título judicial y el embargo infructuoso de bienes bastantes para el pago, invocando un crédito por cuantía total de 442.589,03 €.

A la solicitud de concurso no le resultaba aplicable el art. 15 LC redactado por la Ley de reforma 38/2011, por lo que el juzgado abrió el trámite contradictorio emplazando a la deudora.

2. La resolución judicial admite que hay una deuda líquida, vencida y exigible, reconocida por la sentencia dictada por el Juzgado nº 3 de Arenys de Mar de fecha 22 de octubre de 2008, en cuya ejecución tan sólo se ha logrado hacer pago a la acreedora de la cantidad de 3.391,10 €, y advierte que el crédito de la actora se enmarca en un conflicto complejo entre ambas sociedades y sus socios (V.BON.T., S.A. informa que la Sra. Celia Mena, socia mayoritaria y administradora, está reclamando en un procedimiento actualmente objeto de recurso de casación la titularidad de la totalidad de las participaciones de H.SAL.A., S.L.), lo que motiva el deterioro de la relación de confianza entre las partes.

El juez valora, a partir de la actividad probatoria practicada, que, *cuando menos indiciariamente*, V.BON.T., S.A. no mantiene deudas exigibles con otros acreedores, ni con entidades de crédito (que informaron en ese sentido) ni con entidades públicas ni proveedores, a los que viene atendiendo con normalidad. Sólo hay constancia de un acreedor insatisfecho, la sociedad solicitante, con la que la deudora mantiene una situación de conflicto ante los tribunales. Añade el Sr. Magistrado que *no hay constancia suficiente* de que en la ejecución de la sentencia indicada se hayan agotado las vías de averiguación de patrimonio que permite la LEC (arts. 589 y 590), por todo lo cual, si bien admitiendo dudas de hecho, considera que no debe declararse el concurso necesario.

3. La solicitante reclama en su recurso una nueva valoración de los medios de prueba que concluya en la declaración de concurso, teniendo en cuenta que (sintetizamos la argumentación impugnatoria): a) conforme ha certificado el Juzgado de Arenys de Mar, de la averiguación de bienes y embargos practicados en la ejecución de la sentencia, tan sólo se ha obtenido la suma de 3.391,10 €, *“sin que se conozcan más bienes”*, por lo que se han agotado sin éxito las diligencias de averiguación patrimonial; b) la deudora no ha probado su solvencia mediante la exhibición de su contabilidad, como exige el art. 18.2 LC, y no ha consignado el importe del crédito, tal como requiere el art. 19.2 LC; c) existen otras deudas frente a otros acreedores, sobre las que no se ha acreditado estar al corriente de pago.

4. Reconocemos, al igual que el juez mercantil, la **existencia de dudas de hecho sobre la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso**. La deuda con la solicitante es elevada; las cuentas anuales de 2010 no han sido aportadas (pese a la promesa de su aportación); en la ejecución de la sentencia que reconoce el crédito de la solicitante no se han obtenido bienes bastantes para cubrir la deuda, y la solicitada V.BON.T., S.A. presentó un escrito en marzo de 2009 (documento 8) designando como bienes embargables una serie de mobiliario y material informático (de presumible escaso valor), así como unas cuentas bancarias (en las que no consta que se haya podido embargar ninguna cantidad), si bien señalaba que tales bienes designados ya estaban embargados a instancia de la misma solicitante en otro procedimiento judicial.

5. Ahora bien; la demandada ha aportado la declaración del impuesto de sociedades del ejercicio de 2010, en el que se registra un patrimonio neto (fondos propios) por 592.291 € y un capital social de 180.330 €; en el activo figura un inmovilizado material por 143.333 €, créditos a terceros por 1.154.486 € y deudores comerciales por 1.359.624 €; y, aunque la manifestación de bienes de la deudora en el procedimiento de ejecución singular es realmente insuficiente para cubrir la deuda total, la solicitante admite que V.BON.T., S.A. explota un negocio de agencia de viajes que está en funcionamiento. Atendidos dichos activos, **no consta, en efecto, que se hayan agotado todas las posibilidades de persecución de bienes para hacer efectivo un embargo que pueda dar lugar a una solución positiva de cobro**.

De otro lado, varias entidades bancarias han certificado que la solicitada está al corriente en el pago de sus obligaciones; no hay constancia de deudas frente a la Agencia Tributaria y la TGSS, ni con trabajadores y proveedores. En definitiva, **tan sólo consta impagado un acreedor, con el que la socia mayoritaria y administradora de la sociedad solicitada mantiene un litigio sobre la titularidad de la totalidad de sus participaciones sociales.**

6. El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común (lo que presupone la existencia de una pluralidad de acreedores), y ese estado concurre, dice el art. 2.2 LC, cuando el deudor “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

Para facilitar la petición de concurso necesario, en este caso a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, **el art. 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores** de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, **entre otros, una ejecución singular infructuosa.** Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es éste, ni el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que esos datos puedan operar como hechos reveladores de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. **Lo relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, pero con el presupuesto de una pluralidad de acreedores cuyos créditos vencidos y exigibles hayan sido desatendidos, que en este caso no consta.** El impago a un acreedor, como hecho aislado, no es suficiente para aceptar la situación de insolvencia. Razón por la cual, admitiendo serias dudas de hecho, procede confirmar la resolución apelada.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 49/2013, de 10 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Ante la petición “*casi simultánea*” de concurso, por los acreedores y por el propio deudor, el Juez dio preferencia a la solicitud del deudor, a los efectos de la calificación como concurso necesario o voluntario. Ante tal **conurrencia de solicitudes**, lo procedente no es desestimar la solicitud de concurso necesario por el acreedor, sino acordar la acumulación de dicha solicitud al procedimiento iniciado por el deudor, en el que fue declarado el concurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. El auto apelado, dictado el 21 de febrero de 2012 en las actuaciones de solicitud de concurso necesario seguidas con el nº 69/2012, acordó *desestimar* la solicitud de concurso de SPA., S.A. “*como necesario*”, al haber sido declarado el concurso voluntario de dicha compañía aérea con anterioridad, por auto de fecha 1 de febrero de 2012, dictado en las actuaciones de solicitud de concurso voluntario seguidas ante el mismo juzgado con el nº 70/2012.

Ambas solicitudes, la de los acreedores y la de la sociedad deudora, fueron presentadas el mismo día en el Juzgado Decano, el 30 de enero de 2012. La presentación material de la solicitud de concurso necesario ante la Oficina de Reparto fue inmediatamente anterior a la de concurso voluntario, siendo asignado a la primera el nº de registro 0492 y a la segunda el nº 0493. Repartidas al mismo juzgado mercantil, fueron incoados dos procedimientos concursales, uno de concurso necesario con el nº 69/2012 y otro de concurso voluntario con el nº 70/2012.

En el primero de ellos, previamente a la resolución sobre la admisión de la solicitud, se dictó una diligencia con fecha de 31 de enero de 2012 requiriendo a la actora para que subsanara defectos de

apoderamiento procesal y de pago de tasas. Paralelamente, en el procedimiento 70/2012, se dictó auto de 1 de febrero de 2012 declarando el concurso voluntario de SPA., S.A.. El juez mercantil no desconocía la solicitud de concurso necesario, de modo que en este auto, de 1 de febrero, expuso las razones por las que consideraba que, pese a la prioridad de registro de la solicitud de concurso necesario, debía atender a la solicitud del deudor antes que a la de los acreedores.

Ambas solicitudes fueron presentadas a los tres días de hacerse público y notorio el cese de operaciones de vuelo de la compañía aérea SPA., S.A., que se produjo (así lo admiten los apelantes) en la tarde del viernes 27 de enero de 2012, siendo a primera hora del lunes 30 de enero cuando los acreedores solicitantes y la deudora coincidieron con su respectiva solicitud en el Juzgado Decano.

2. La concurrencia de solicitudes exigía del juez una decisión no sólo sobre la declaración de concurso, que procedía en todo caso al ser solicitado por la deudora, sino sobre la prioridad de una o de otra solicitud, a los efectos de calificar el concurso como necesario o como voluntario (art. 22.1 LC), con las consecuencias que conlleva.

Esa decisión fue adoptada, como se ha dicho, en los autos formados a raíz de la solicitud de concurso voluntario (nº 70/2012), y en ella el juez explicó las razones por las que consideraba que, ante la petición "casi simultánea" o "conjunta" de concurso, debía dar preferencia a la solicitud del deudor, a los efectos de la calificación como concurso necesario o voluntario.

3. En los autos de solicitud de concurso necesario fue dictado el auto aquí apelado (de 21 de febrero de 2012), que desestimó no ya la declaración de concurso de SPA., S.A., pues ya había sido declarado con anterioridad, sino su declaración como concurso *necesario*.

En el auto se indicaba que procedía interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días. Los instantes presentaron recurso de reposición, que no fue admitido a trámite, y *ad cautelam* recurso de apelación, que fue admitido por diligencia de 30 de marzo de 2012.

4. No podemos obviar lo acontecido en los autos de concurso voluntario (70/2012):

- a) el auto de declaración de concurso accediendo a la solicitud del deudor (auto de 1 de febrero de 2012) fue objeto de recurso de reposición por los aquí instantes, que así mismo interpusieron, *ad cautelam*, recurso de apelación;
- b) el juzgado desestimó el recurso de reposición e inadmitió el de apelación por auto de 12 de abril de 2012;
- c) planteado recurso de queja por los acreedores instantes, este tribunal lo resolvió por auto de 5 de diciembre de 2012.

El auto de esta Sala, con estimación de la petición subsidiaria del recurso de queja, acordó que contra el auto del juzgado de 12 de abril de 2012 cabe interponer la apelación *diferida* que regula el art. 197.4 LC, reproduciendo así en la apelación más próxima la cuestión de la consideración del concurso como necesario.

5. En el recurso de apelación que ahora resolvemos (autos 69/2012) los instantes formulan sustancialmente las mismas peticiones que postulaban en su recurso de apelación contra el auto que declaró el concurso voluntario (autos 70/2012). La pretensión que deducen es que el concurso sea calificado y tramitado como necesario bien desde un inicio o bien mediante la oportuna *conversión*, con base en la prioridad temporal de su solicitud.

6. En el auto de esta Sala que resolvió el recurso de queja (referido a los autos 70/2012) consideramos que, puesto que la pretensión no se dirige a combatir la declaración de concurso de SPA., S.A., sino un pronunciamiento añadido o accesorio (por más que obligado por el art. 21.1.1º LC), el recurso procedente es el que señala el art. 20.2 LC: *si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso* las partes podrán oponerse mediante recurso de

reposición. Y contra el auto que resuelva ese recurso debe entenderse que cabe la apelación diferida conforme al régimen general concursal previsto en el art. 197.4 LC.

Argumentábamos que “el art. 20.2, al prever el recurso de reposición, no lo hace en términos excluyentes de la apelación, en el sentido de que sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del art. 14.2), de modo que debe atenderse al régimen general para determinar si contra el auto que resuelva ese recurso de reposición cabe apelación. Hay que acudir, por tanto, al art. 197.4 LC, conforme al cual, contra el auto resolutorio del recurso de reposición (dictado en este caso el 12 de abril de 2012) no cabe recurso alguno, pero las partes pueden reproducir la cuestión (de la prioridad de la solicitud de concurso necesario) en la apelación más próxima, que dicho precepto identifica (es decir, mediante el sistema de apelación diferida)”.

7. El auto aquí apelado desestima la solicitud de concurso necesario porque el concurso ya ha sido declarado con el carácter de voluntario en los autos 70/2012, reproduciendo los argumentos contenidos en esta última resolución para justificar la prioridad que otorgó a la solicitud del deudor.

La consecuencia ineludible de cuanto se ha expuesto es que es en el procedimiento de concurso 70/2012 donde los acreedores solicitantes podrán hacer valer su pretensión de que el concurso sea calificado o convertido en concurso necesario, mediante el acceso a la segunda instancia por la vía que declaramos en nuestro auto de 5 de diciembre de 2012, es decir, mediante la apelación diferida contra el auto de 12 de abril de 2012, que confirmaba el anterior de 1 de febrero de 2012, por el que se declaraba el concurso voluntario.

Si en dicho procedimiento (70/2012) fue declarado el concurso voluntario, rechazando el juez la prioridad de la solicitud de concurso necesario, es en dicho procedimiento donde existe la oportunidad contradictoria (no así en el presente) y es así mismo la sede procesal en la que se ha acordado la vía adecuada de acceso a la segunda instancia para combatir la resolución que declara el concurso como voluntario, no cabe plantear la cuestión por una vía procesal duplicada, mediante la apelación contra el auto que desestima la petición de concurso necesario.

El recurso procedente, en definitiva, es el que indicamos en nuestro auto de 5 de diciembre de 2012, y debe dirigirse contra la resolución judicial recaída en el procedimiento 70/2012. Se evita así el riesgo de decisiones contradictorias y que el tribunal haya de pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión (situación que trata de evitar la institución de la litispendencia), y se logra así el tratamiento adecuado en materia de recursos a la pretensión ejercitada.

En suma, conforme a la solución que estimamos procedente, el recurso de apelación contra el auto de 21 de febrero de 2012 (autos 69/2012) no debió ser admitido.

8. No obstante, tienen razón los apelantes al advertir que, ante la concurrencia de solicitudes, lo procedente no era desestimar la solicitud de concurso nº 69/2012, sino acordar la acumulación de dicha solicitud al procedimiento 70/2012, en el que fue declarado el concurso, por más que en éste ya se hayan personado los aquí apelantes. En este sentido procede la estimación en parte del recurso.

9. No cabe imponer las costas en esta instancia (art. 398.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 83/2013, de 11 de Junio de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: A la hora de establecer la preferencia entre la declaración del concurso como voluntario o necesario, conforme el artículo 22 LC, debe prevalecer el criterio de **prioridad temporal de la presentación de la solicitud** de concurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Los hechos que constituyen antecedentes relevantes para resolver el recurso son los siguientes:
 1. El 7 de septiembre de 2012, GE. CAP., S.L. (en adelante, GE. CAP., S.L.) presentó ante el Juzgado Decano de Barcelona la demanda en que solicitaba el concurso necesario de CRC. M., S.L. Se registró con el número del Juzgado Decano 4539. Así resulta de la demanda original del procedimiento.
 2. El mismo día 7 de septiembre de 2012, pero más tarde, CRC. M., S.L. presentó ante el Juzgado Decano solicitud de concurso voluntario, que fue registrada con el número 4548 (documento 2 aportado con el recurso).
 3. La solicitud de concurso necesario dio lugar al procedimiento que se registró en el Juzgado Mercantil 2 con el número 703/2012-C (ff. 1 y ss.; indicaciones contenidas en todas las resoluciones del juicio que se revisa, incluida la sentencia). La solicitud posterior de concurso voluntario se registró en el propio Juzgado Mercantil 2 como procedimiento 702/2012-P (auto de declaración de concurso, documento 3 del recurso).
 4. El 28 de septiembre de 2012, el Juzgado Mercantil 2 dictó auto por el que declaró el concurso voluntario de CRC. M., S.L., S.A. En la resolución no se hizo mención alguna a la solicitud de concurso necesario presentada por GE. CAP., S.L.
 5. El 10 de octubre de 2012, el mismo Juzgado Mercantil 2 dictó el auto ahora impugnado, por el que acordó el archivo de las actuaciones iniciadas por la solicitud de GE. CAP., S.L. de concurso necesario, por carencia sobrevenida de objeto, con invocación del artículo 22.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Según el juez, declarado el 28 de septiembre de 2012 el concurso voluntario de CRC. M., S.L., no procede resolver sobre la solicitud de declaración de concurso necesario.
2. GE. CAP., S.L. apela contra el auto del juzgado mercantil. Solicita su revocación y su sustitución por otro que ordene la continuación del procedimiento de concurso necesario y la declaración del concurso necesario de CRC. M., S.L., con los efectos legales que correspondan.
Subsidiariamente, para el caso de que, con base en el principio de conservación de los actos procesales, el tribunal estime que no es conveniente el archivo de las actuaciones de concurso voluntario, la recurrente solicita que se acuerde la transformación de los autos de concurso voluntario en necesario, con los efectos inherentes.
3. En primer lugar, debe darse la razón a la apelante, cuando denuncia que el artículo 22.1 LEC exige oír a la parte y el juzgado no puso de manifiesto a GE. CAP., S.L. la apreciación de la pérdida de interés en obtener la tutela judicial pretendida. La recurrente defiende su interés legítimo en la continuación del procedimiento, habida cuenta, sin ir más lejos, de que ostenta un crédito contra la concursada de 664.050,82 euros que se vería favorecido por lo dispuesto en el artículo 91.7º LC, conforme al cual, son créditos con privilegio general aquellos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.
4. Entrando en el núcleo del recurso, la declaración del concurso como voluntario o necesario, GE. CAP., S.L. invoca el **artículo 22 LC**, que establece que **"el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario"**.
La solicitud de GE. CAP., S.L. (número del Juzgado Decano 4539) fue anterior a la solicitud de la concursada CRC. M., S.L. (número 4548). El concurso, conforme al artículo 22.1 LC, debía tener la consideración de necesario.
El auto del juzgado no expone ninguna razón que autorice una interpretación distinta ni aporta ningún argumento por el que, contra el tenor claro del artículo 22.1, se habría dado prioridad a la

segunda de las solicitudes presentadas. Las fechas que considera el juez, aunque erróneas –porque la norma reguladora obliga a estar al orden de presentación de las solicitudes, no a otras actuaciones ni circunstancias, como sería la fecha de entrada de la solicitud en el juzgado mercantil, tras el reparto– tampoco nos conducen en la dirección tomada por el juez. La solicitud de concurso necesario tuvo entrada en el Juzgado Mercantil 2 el 10 de septiembre de 2012, mientras que la de concurso voluntario habría accedido, según el auto, el 12 de septiembre de 2012.

5. En ocasiones anteriores (así, en el auto de 15 de mayo de 2009), en relación con lo dispuesto en el anterior artículo 15.2 LC, ahora artículo 15.2.II LC (*“admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones”*), observamos que la referencia a la *admisión* podía inducir a error o a interpretaciones inadecuadas, ya que en consideración aislada podía propiciar el entendimiento de que la solución legal prescindía de la prioridad determinada por la fecha de su presentación.

Decía el auto: “La consecuencia de esta tesis sería la inseguridad jurídica y una puerta abierta a la arbitrariedad judicial, ya que el juez, entre las distintas solicitudes (si es que han sido repartidas al mismo juzgado, como es de esperar), podría elegir cuál de ellas admite a trámite en primer lugar, o bien determinar la prioridad, dentro de ciertos márgenes de discrecionalidad o incluso con arbitrariedad, en función de la apreciación, más o menos fundada, de defectos subsanables que posterguen la provisión de una o de otra solicitud. También podría dar lugar, si las solicitudes se reparten a distintos juzgados mercantiles, a la incidencia del azar y de otros factores contingentes (como la mayor o menor carga de trabajo de cada juzgado, el celo del juez en proveer, etc.) a la hora de determinar la prioridad de una u otra solicitud, si se atiende a la fecha de la resolución judicial que las admite a trámite, todo ello con las trascendentes consecuencias de procedimiento de declaración del concurso y de calificación conforme al art. 22 LC”.

“Si dentro de esta postura se admite que el juez debe atender, a la hora de admitir a trámite las diversas solicitudes de concurso voluntario y/o necesario, a la fecha de presentación, y otorgar prioridad a la primera solicitud, paralizando la provisión de las posteriores, entonces se estaría respetando la correcta inteligencia y finalidad del precepto. Si tal solución se acepta, lo que no resultaría razonable es que el juez, mientras no ha proveído la admisión a trámite (o declaración del concurso voluntario) de la primera solicitud, provea las posteriores”.

El auto de 15 de mayo de 2009 tenía en cuenta el argumento de coherencia con la solución de calificación del artículo 22 de la propia LC y concluía que el artículo 15.2 LC (actual artículo 15.2.II) “quiere trasladar y adaptar al ámbito del proceso concursal los efectos propios de la litispendencia, y lo hace de manera coherente con lo dispuesto por el artículo 410 LEC (“La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”), atendiendo al **criterio de prioridad temporal de la presentación de la solicitud de concurso, bien por el deudor o bien por cualquier otro legitimado**, que producirá sus efectos, los propios de la litispendencia, impidiendo la tramitación y apertura de otros procedimientos concursales contra el mismo deudor, desde ese momento, el de la presentación de la primera solicitud, si es que luego esa primera solicitud es admitida a trámite”.

6. Por las razones expuestas, debemos acoger la pretensión de revocación del auto impugnado que acordó el archivo de las actuaciones de concurso necesario, en los términos que se han transcrito en los antecedentes de hecho.

Ahora bien, ya se ha declarado hace meses (el 28 de septiembre de 2012) el concurso voluntario de CRC. M., S.L. En nuestro caso, las dos solicitudes, de concurso necesario y de concurso voluntario, fueron repartidas, como era procedente, al mismo órgano jurisdiccional, el Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona,

Como en casos semejantes (así, auto de 15 de abril de 2013), consideramos que **el principio de conservación de las actuaciones procesales y poderosas razones, entre otras, de economía, de especial relevancia en un procedimiento concursal, se oponen al archivo de las actuaciones del concurso (voluntario) ya declarado.** Por ello, debemos acoger la petición subsidiaria del recurso de apelación, propuesta por GE. CAP., S.L. partiendo de ese mismo principio de conservación, y acordar

que el concurso tenga, a todos los efectos procedentes, la conceptualización de concurso necesario. Ello justifica que acordemos la acumulación de este procedimiento 703/2012 al procedimiento 702/2012.

7. Estimado el recurso, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 54/2013, de 15 de Abril de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: La Reforma de 2011 introduce en el artículo 15.3 LC un segundo párrafo de mero carácter explicativo, sin modificación interpretativa: precisa cuándo y cómo deben tramitarse las solicitudes que se presenten con posterioridad a la **comunicación prevista en el artículo 5bis**. Así, las **solicitudes de concurso necesario** presentadas con anterioridad a la comunicación pero pendientes de proveer deben ser admitidas.

Voto Particular: Tras la Reforma de 2011, presentada la comunicación prevista de inicio de negociaciones del artículo 5bis, no deberían admitirse a trámite (hasta que transcurra el plazo previsto en cada caso) ni las solicitudes de concurso necesario presentadas con anterioridad a la comunicación pero pendientes de proveer, ni las solicitudes presentadas con posterioridad a dicha comunicación.

El carácter **necesario o voluntario** del concurso, conforme al artículo 22 de la Ley Concursal, viene dada por la naturaleza de la primera solicitud. Es irrelevante cual fue la primera que se admitió o debió admitirse a trámite

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La entidad RIG. EG., S.L.U apela contra el auto del juzgado mercantil que acordó la conclusión de las actuaciones de concurso necesario de EM. CO. FA., S.A.U. que había solicitado RIG. EG., S.L.U. El auto impugnado fundamenta la decisión en el hecho de que en otro Juzgado mercantil se había presentado la comunicación de iniciación de negociaciones del artículo 5 bis de la Ley concursal (LC).

2. La recurrente solicita la nulidad del auto del juzgado y, subsidiariamente, la revocación. Formula los motivos de apelación siguientes:

1) Contravención de lo previsto en el artículo 176 LC. Inaplicación de lo previsto en el artículo 214.3 y 227.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Nulidad del auto recurrido por vulneración de normas esenciales del procedimiento que producen indefensión.

2) Incorrecta aplicación del artículo 5 bis en relación con el artículo 15.3 LC.

3. En el primer motivo de recurso se alega, en esencia: que la fórmula procesal de terminación de las actuaciones por la que opta el juzgado, **la conclusión y el archivo, contraviene la ley, puesto que no se prevé para un supuesto como el examinado, y que se causó indefensión a la solicitante, ya que no se le confirió el traslado previsto en el artículo 176.2 LC.**

La alegación de infracción de procedimiento causante de indefensión en que se basa la pretensión de nulidad no puede acogerse. Es cierto que, examinadas las actuaciones, no aparece que el juzgado dictara ninguna resolución por la que confiriera a RIG. EG., S.L.U el traslado del escrito de EM. CO. FA., S.A.U. solicitando el archivo. Sin embargo, consta que la propia RIG. EG., S.L.U conoció directamente el contenido del escrito presentado por EM. CO. FA., S.A.U. el 18 de junio de 2012 y se opuso de manera expresa al archivo mediante un escrito de alegaciones argumentadas, acompañado de documentos, que RIG. EG., S.L.U presentó ante el juzgado el día 21 de junio de 2012.

La diligencia de la Sra. secretaria del juzgado, de 3 de julio de 2012, a la vez que tiene por presentado el escrito de EM. CO. FA., S.A.U. de 18 de junio de 2012 y requiere a dicha sociedad para que, en el plazo de cinco días, subsane la falta de poder –la apelante no cuestiona el carácter subsanable del defecto-, tiene también por presentado el escrito de RIG. EG., S.L.U de 21 de junio de 2012 en que se opone a la solicitud de archivo formulada por la otra parte. No puede apreciarse, por tanto, la indefensión ni, en consecuencia, la nulidad de lo actuado por la causa invocada.

4. Cuestión distinta es la relativa a la alegación de infracción de los artículos 5 bis y 5.3 LC. Antes de examinarla, deben relacionarse los hechos relevantes del caso, que se recogen en el auto impugnado, en el recurso y en los documentos aportados al procedimiento. No existe controversia sobre esos aspectos fácticos:

1) El día **18 de mayo de 2012**, RIG. EG., S.L.U presentó ante el juzgado decano de Barcelona la solicitud de declaración de concurso necesario de EM. CO. FA., S.A.U.. Fue repartida al Juzgado Mercantil número 9.

2) El día **22 de mayo de 2012**, EM. CO. FA., S.A.U. presentó ante el juzgado decano la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC, de comunicación de negociaciones con los acreedores. Fue repartida al Juzgado mercantil número 6.

3) El 5 de junio de 2012, mediante auto, el Juzgado Mercantil 9 admitió a trámite la solicitud de concurso necesario y acordó emplazar al deudor.

4) El 18 de junio de 2012, EM. CO. FA., S.A.U. presentó el escrito, referido antes, por el que solicitaba la inadmisión a trámite y el archivo de la solicitud de concurso necesario. Alegaba que, por diligencia de 6 de junio de 2012, el Sr. secretario del Juzgado Mercantil 6 había tenido por comparecida a EM. CO. FA., S.A.U. y por anunciado el inicio de negociaciones para alcanzar las adhesiones necesarias para la aprobación de un convenio. Lo documentaba.

5) El 21 de junio de 2012, RIG. EG., S.L.U se opuso a la admisión de la solicitud de EM. CO. FA., S.A.U.. Solicitó la continuación del procedimiento por los trámites del concurso necesario y el requerimiento al Juzgado Mercantil 6 para que se inhibiera de conocer el precurso instado por la concursada.

6) La diligencia de 3 de julio de 2012 tiene por presentado el escrito de EM. CO. FA., S.A.U. de 18 de junio y confiere a la parte cinco días para que subsane la falta de poder. Tiene también por presentado el escrito de RIG. EG., S.L.U de 21 de junio.

7) El 10 de julio de 2012, EM. CO. FA., S.A.U. otorga apoderamiento apud acta.

8) El 12 de julio de 2012, el Juzgado Mercantil 9 dicta el auto ahora impugnado por RIG. EG., S.L.U, en que acuerda el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de que el acreedor que las instó se persone ante el Juzgado Mercantil 6. La Sra. magistrada considera que no debió admitirse la solicitud de concurso necesario cuando en otro Juzgado mercantil se había presentado la comunicación de iniciación de negociaciones del artículo 5 bis de la Ley concursal (LC).

5. Tampoco se discute la aplicabilidad al caso de los artículos 5 bis y 15.3 de la LC, en su redacción por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que el auto impugnado transcribe. Dice el artículo 5 bis LC:

"Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso.

1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia."

Por su parte, el artículo 15.3 LC establece:

"Una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor.

Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes."

6. La aplicación de las normas efectuada por el juzgado descansa, según expone el auto, en un criterio uniforme adoptado al respecto por todos los jueces mercantiles de Cataluña, conforme al cual, **"presentada la comunicación prevista en el artículo 5 bis, no se admitirán a trámite ni las solicitudes de concurso necesario presentadas con anterioridad a la comunicación del artículo 5 pero pendientes de proveer ni las solicitudes presentadas con posterioridad a dicha comunicación"**. Según el auto, ello tiene una razón de ser: el artículo 15.3 no distingue en su tratamiento, por lo que parece que debe darse la misma solución en ambos casos.

No consideramos que la interpretación se ajuste al sentido y a la finalidad del precepto. No es indiferente la fecha de presentación de la comunicación del artículo 5bis LC ni, específicamente, si esa presentación es o no anterior a la presentación de la solicitud de concurso necesario. El artículo 15.3 LC no puede entenderse aislado del conjunto de normas que integran el sistema de la LC. En cuanto aquí interesa, no pueden obviarse mandatos como el del artículo 22.1 LC, conforme al cual, *"el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario"*. El segundo párrafo del precepto precisa que *"a los efectos de este artículo, la solicitud del deudor realizada conforme al artículo 5 bis se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en dicho artículo"*. La solicitud de RIG. EG., S.L.U fue presentada el 18 de mayo y la de EM. CO. FA., S.A.U., el 22 de mayo. La de RIG. EG., S.L.U es la primera de las solicitudes presentadas. **El concurso, conforme al artículo 22 LC, debía tener la consideración de necesario.**

Como sostiene la propia EM. CO. FA., S.A.U., ya antes de la reforma por la Ley 38/2011 el criterio prevalente era el del momento de las solicitudes, no el de su admisión a trámite. Ahora bien, ese criterio jugaba y **ha de continuar haciéndolo** -la reforma no ha variado la situación- **respecto de todas las solicitudes**, no solamente la de EM. CO. FA., S.A.U., como parece defender la parte apelada, que atiende a la fecha de presentación, en lo que atañe a la solicitud de la deudora y, en cambio, atiende a la fecha de admisión, en lo relativo a la solicitud de la acreedora.

7. El auto de esta Sección 15ª, de 15 de mayo de 2009, citado por la parte apelada –aunque en sentido distinto al propio de la resolución, pues los mismos argumentos que entonces determinaron la prioridad de la solicitud del deudor han de conducir ahora a priorizar la del acreedor-, exponía con claridad las razones por las que **debía atenderse a las fechas de presentación de las solicitudes**.

Lo que entonces se dijo en relación con el primer inciso del artículo 15.2 LC "admitida a trámite la solicitud" es enteramente aplicable, en el caso en examen, al actual artículo 15.3.1, inciso final: "no se admitirán solicitudes de concurso". El tribunal observaba que la referencia a la *admisión* podía inducir a error o a interpretaciones inadecuadas, ya que en consideración aislada podía propiciar el entendimiento de que la solución legal prescindía de la prioridad determinada por la fecha de su presentación.

Decía el auto: "La consecuencia de esta tesis sería la inseguridad jurídica y una puerta abierta a la arbitrariedad judicial, ya que el juez, entre las distintas solicitudes (si es que han sido repartidas al mismo juzgado, como es de esperar), podría elegir cuál de ellas admite a trámite en primer lugar, o bien determinar la prioridad, dentro de ciertos márgenes de discrecionalidad o incluso con arbitrariedad, en función de la apreciación, más o menos fundada, de defectos subsanables que posterguen la provisión de una o de otra solicitud. También podrá dar lugar, si las solicitudes se reparten a distintos juzgados mercantiles, a la incidencia del azar y de otros factores contingentes (como la mayor o menor carga de trabajo de cada juzgado, el celo del juez en proveer, etc.) a la hora de determinar la prioridad de una u otra solicitud, si se atiende a la fecha de la resolución judicial que las admite a trámite, todo ello con las

trascendentes consecuencias de procedimiento de declaración del concurso y de calificación conforme al art. 22 LC”.

“Si dentro de esta postura se admite que el Juez debe atender, a la hora de admitir a trámite las diversas solicitudes de concurso voluntario y/o necesario, a la fecha de presentación, y otorgar prioridad a la primera solicitud, paralizando la provisión de las posteriores, entonces se estaría respetando la correcta inteligencia y finalidad del precepto. Si tal solución se acepta, lo que **no resultaría razonable es que el Juez, mientras no ha proveído la admisión a trámite (o declaración del concurso voluntario) de la primera solicitud, provea las posteriores”**.

En nuestro caso, por razones inexplicadas y lamentables, la primera solicitud de concurso necesario, presentada el 18 de mayo, y la posterior comunicación de negociaciones, presentada el 22 de mayo, fueron repartidas a juzgados distintos. Pero esa disfunción ni altera la realidad objetiva de las respectivas fechas de presentación ni, en consecuencia, autoriza a desconocer la prioridad del primer solicitante a quien no parece imputable en ninguna medida el defecto en el reparto.

El auto de 15 de mayo de 2009 tenía en cuenta el argumento de coherencia con la solución de calificación del artículo 22 de la propia LC y concluía que el artículo 15.2 LC “quiere trasladar y adaptar al ámbito del proceso concursal los efectos propios de la litispendencia, y lo hace de manera coherente con lo dispuesto por el artículo 410 LEC (“La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”), atendiendo al criterio de prioridad temporal de la presentación de la solicitud de concurso, bien por el deudor o bien por cualquier otro legitimado, que producirá sus efectos, los propios de la litispendencia, impidiendo la tramitación y apertura de otros procedimientos concursales contra el mismo deudor, desde ese momento, el de la presentación de la primera solicitud, si es que luego esa primera solicitud es admitida a trámite”.

8. El artículo 13 LC regula el plazo para proveer sobre la solicitud de concurso: en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto. La sobrecarga de asuntos que pesa sobre los juzgados mercantiles permite comprender que, pese a los esfuerzos personales probados, no pueda cumplirse en la práctica ese plazo, por otra parte, tan relevante por la relevancia misma de los efectos de toda índole de la declaración de concurso. **Lo que no permitiría comprender es que en el interin, desde la presentación de la solicitud de concurso hasta su admisión a trámite, que se retrasa por causas no imputables al solicitante, fueran proveídas otras solicitudes de naturaleza concursal -de concurso necesario, de concurso voluntario o, como es el caso, de comunicación de negociaciones con los acreedores- presentadas con posterioridad a la primera.**

9. La interpretación sustentada en el auto parece fundarse en la modificación operada en el artículo 15.3 LC por la Ley 38/2011 –cuya Exposición de motivos no hace referencia a la cuestión-. No apreciamos ese pretendido cambio en el sentido de la norma.

La redacción anterior decía *“Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes”*.

En lugar del párrafo único anterior, el artículo 15.3 LC tiene ahora dos párrafos, que hemos transcrito más arriba. Respecto del párrafo primero y, en particular, de su último inciso, ya hemos expuesto cuál es nuestra interpretación y sus razones.

En cuanto al **párrafo segundo**, que conserva la redacción anterior del precepto –con el solo añadido del adjetivo *hábil* al plazo de un mes-, **no entendemos que introduzca un régimen distinto al del párrafo primero, sino que, simplemente, tiene carácter explicativo: precisa cuándo y cómo deben tramitarse las solicitudes de concurso que los acreedores presenten una vez realizada la comunicación del artículo 5 bis; es decir, las solicitudes que se presenten con posterioridad** [a la comunicación prevista en el artículo 5 bis]. Entender que el segundo párrafo del artículo 15.3 se refiere a solicitudes que se presenten con posterioridad a la comunicación y que el primer párrafo, en cambio, alude, aunque no lo indique, a solicitudes presentadas con anterioridad a la comunicación pero no admitidas, y entenderlo a partir del solo dato –cuyo alcance ya hemos valorado- de que el primer párrafo

dice que “no se admitirán” y solo el segundo párrafo dice “que se presenten”, nos parece una interpretación forzada de la letra de la norma y contraria a su finalidad.

10. Por las razones expuestas, debemos acoger la pretensión de **revocación del auto impugnado que acordó el archivo de las actuaciones de concurso necesario**. Ahora bien, aunque ni el recurso de apelación ni el escrito de oposición al recurso lo mencionan, consta en los autos (ff. 507 y ss.) la copia del auto de 17 de septiembre de 2012, por el que el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona declara el concurso voluntario de EM. CO. FA., S.A.U., solicitado el 3 de agosto de 2012.

El principio de conservación de las actuaciones procesales, poderosas razones de economía y la ausencia de motivos para que deba conocer del concurso el Juzgado Mercantil 9 en lugar del Juzgado Mercantil 6 determinan que deba continuar conociendo del concurso el Juzgado Mercantil 6 que lo declaró. El concurso, sin embargo, tendrá la conceptualización de concurso necesario y deberán remitirse al Juzgado Mercantil 6 las actuaciones de solicitud de concurso necesario de RIG. EG., S.L.U de que ha conocido el juzgado 9, a todos los efectos procedentes.

11. Estimado el recurso, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC).

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado D. José María Ribelles Arellano al auto de esta misma fecha

PRIMERO.- Lamento discrepar del criterio de la mayoría, que respeto, pero no comparto. Disiento tanto del sentido de la resolución como de la interpretación del artículo 15.3º de la Ley Concursal, en relación con el artículo 5 bis, expresada en los fundamentos quinto a noveno. A mi entender, **tras la Reforma operada por la Ley 38/2011, una vez presentada la comunicación de inicio de negociaciones del artículo 5 bis, las solicitudes de concurso necesario anteriores a la comunicación no deben admitirse a trámite hasta que transcurra el plazo de tres meses previsto en el citado artículo**. Esa es la interpretación que sostiene la resolución recurrida y, por tanto, considero que debería confirmarse por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- Es sabido que la comunicación de inicio de negociaciones del artículo 5 bis de la Ley Concursal, que tiene como precedente el artículo 5.3º de la misma Ley, introducido por el Real Decreto Ley 5/2005, produce un doble efecto. De un lado, pospone el deber de solicitar el concurso, una vez evidenciada la situación de insolvencia, hasta que transcurran los plazos del citado precepto. De otro, protege al deudor frente a las solicitudes de concurso necesario, que no podrán tramitarse mientras perdure la negociación. A este segundo efecto se refiere el artículo 15.3º, que regula la concurrencia de solicitudes de concurso necesario con comunicaciones del artículo 5 bis.

Para resolver la cuestión que suscita el recurso, ha de partirse en el análisis del artículo 15.3º en su redacción inicial, según el cual *“para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3º, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso”*. La norma ofrecía pocas dudas de interpretación. Sólo las solicitudes de concurso necesario posteriores a la comunicación de inicio de negociaciones quedaban paralizadas. Las solicitudes anteriores, hubieran sido admitidas a trámite o no en el momento de la comunicación, no quedaban afectadas por la norma. En definitiva, las admitidas a trámite debían seguir su curso y las pendientes de admisión debían serlo.

Bajo la vigencia de dicho precepto se dieron no pocos conflictos de concurrencia en el tiempo de solicitudes de concurso necesario y comunicaciones previas. Y se advirtieron situaciones de abuso en una doble dirección: la de acreedores que, conocida la intención del deudor, anticipaban la solicitud para frustrar la negociación o para obtener el privilegio del acreedor instante del concurso necesario. Y, del lado contrario, la de deudores que sin un propósito real de alcanzar acuerdos con sus acreedores recurrían a la comunicación con la sola intención de ganar tiempo.

La situación cambia radicalmente con la Reforma operada por la Ley 38/2011, de 11 de octubre que, a mi entender, en dos párrafos separados, distingue claramente entre las solicitudes anteriores y posteriores a la

comunicación, dándoles un tratamiento diferenciado. En efecto, dice el artículo 15.3º, en su primer párrafo, que *“una vez realizada la comunicación prevista en el artículo previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor”*. La norma no distingue y podríamos concluir que todas las solicitudes se ven paralizadas, hayan sido o no admitidas a trámite. Entendería admisible, sin embargo, la interpretación correctora que realiza la mayoría si no fuera por lo dispuesto en el párrafo segundo, por el que *“las solicitudes que se presente con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso”*. Dicho párrafo enlaza con el anterior, por lo que considero que viene referido, inequívocamente, a las solicitudes *posteriores* a la comunicación, refiriéndose el primero a las solicitudes anteriores no admitidas a trámite.

A mi entender, el artículo 15.3º distingue ahora dos situaciones a las que da diferente tratamiento:

1º) Las solicitudes anteriores a la comunicación sólo se admitirán a trámite transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 5 bis (artículo 15.3º, párrafo primero). El acreedor, ello no obstante, conserva todos los derechos y privilegios asociados a su condición de primer instante del concurso, dado que el artículo 22 establece que el concurso tendrá la consideración de necesario si la primera solicitud es la del acreedor y, viceversa, será voluntario si la primera solicitud la formula el deudor. Esto es, la condición de primer solicitante no se pierde por el hecho de que su solicitud se vea paralizada por tres meses.

2º) Las solicitudes posteriores a la comunicación del artículo 5 bis sólo se proveerán transcurrido el plazo de un mes hábil contemplado en dicho precepto –superado también los tres meses de negociación- si el deudor no hubiera presentado la solicitud de concurso. El acreedor instante, además, no podrá postular que el concurso, si lo solicita el deudor, se califique como necesario (artículo 22.1º, párrafo segundo) y, en consecuencia, su crédito no tendrá la consideración de privilegiado en los términos establecidos en el artículo 91.7º de la Ley.

TERCERO.- Considero que el propósito del Legislador, al modificar el artículo 15.3º, no pudo ser dejar las cosas como estaban. Según la opinión de la mayoría, que reitera el criterio sentado en el auto de esta Sección de 15 de mayo de 2009, al igual que ocurría con la redacción anterior, las solicitudes anteriores a la comunicación del artículo 5 bis deben admitirse a trámite. Las posteriores, por el contrario, sólo se proveerán transcurrido el doble plazo previsto en dicha norma sin que el deudor haya presentado la solicitud.

A mi modo de ver, la interpretación literal de los dos nuevos párrafos del artículo 15.3º no ofrece duda alguna. Y más allá del tenor literal del precepto, la voluntad del Legislador con la Reforma no ha sido otra que la de ampliar los efectos de la comunicación del artículo 5 bis, preservando al deudor frente a todas las solicitudes de concurso necesario que no hayan sido admitidas a trámite. Todas se paralizan, si bien con distinto alcance; las anteriores se admiten automáticamente finalizado el plazo de tres meses y las posteriores sólo se proveen si el deudor no presenta la solicitud del voluntario en el plazo hábil de un mes contemplado en la norma. Con ello se refuerza el artículo 5 bis como instituto preconcursal, se apuesta en mayor medida por la negociación entre el deudor y sus acreedores, y se involucra a éstos en la negociación, hayan presentado o no la solicitud de concurso necesario.

CUARTO.- Por último, a mi entender la interpretación lógica, que como criterio interpretativo recoge el artículo 3 del Código Civil, sólo es compatible con la que vengo sosteniendo y con la que recoge el auto apelado. Si, de acuerdo con el criterio de la mayoría, conforme al artículo 15.3º las solicitudes de concurso necesario deben admitirse a trámite, a pesar de haberse presentado la comunicación del artículo 5 bis, y las posteriores sólo se proveen transcurridos el doble plazo contemplado en dicha norma: ¿A qué solicitud de concurso necesario se refiere el artículo 15.3º, párrafo primero, o mejor dicho, qué solicitud de concurso necesario ve demorada su tramitación por tres meses? Creo, en definitiva, que la postura de la mayoría obvia que el artículo 15.3º contempla dos situaciones –solicitudes anteriores y posteriores a la comunicación del artículo 5 bis-, a las que da un tratamiento diferenciado, partiendo de la premisa de que unas y otras quedan paralizadas.

También discrepo respetuosamente de las consecuencias de la estimación parcial del recurso y, en concreto, de la decisión de comunicar al Juzgado de lo Mercantil 6 el contenido de nuestra resolución a los efectos de que declare el concurso de EM. CO. FA., S.A.U. S.A. como necesario. Damos a entender con ello que tal consideración es la consecuencia lógica de nuestra anterior decisión de declarar que la solicitud de RIG. EG., S.L.U S.L.U. debió ser admitida a trámite. Ello no es así, pues el carácter necesario o voluntario del concurso, conforme al artículo 22 de la Ley Concursal, viene dada por la naturaleza de la primera solicitud. Es irrelevante cual fue la primera que se admitió o debió admitirse a trámite. Desconozco si RIG. EG., S.L.U S.L.U. ejercitó o no ante el Juzgado de lo Mercantil 6 las acciones correspondientes para hacer valer su condición de primer instante de concurso, acciones que no se derivan de lo acordado en este auto.

Por todo lo expuesto considero que el recurso debe ser desestimado, con imposición de las costas al recurrente (artículo 398 de la LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 104/2013, de 5 de Septiembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La **ejecución** a que se refiere el primer párrafo del 2.4 LC puede ser **provisional** pero en todo caso se debe haber **despachado**.

A falta de una declaración judicial o administrativa de insolvencia, para que un **embargo infructuoso** (cuando es manifestación de un estado de insolvencia constatada en un ejecución previa), justifique la **declaración del concurso necesario sin trámite** (15.1º LC), la ejecución ha de constatar inequívocamente que el deudor carece de bienes suficientes para atender el pago de la deuda y la imposibilidad de atender las obligaciones a su vencimiento.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1º de la Ley Concursal, declara el concurso necesario de BORD., S.L. a instancia de POR. SIT., S.A. La declaración, sin previa audiencia del concursado, se sustentó en la tramitación de dos procedimientos judiciales en los que había quedado acreditada una investigación patrimonial infructuosa. La apelante niega que concurra el presupuesto objetivo previsto en dicho precepto y que se encontrara en situación de insolvencia.

Son hechos que resultan de las actuaciones y que hemos de considerar para la resolución del recurso los siguientes:

1º) La demandante POR. SIT., S.A. gestiona y explota el Puerto Deportivo de Aiguadolç, sito en el término municipal de Sitges. La concursada BORD., S.L., por su parte, tiene asignado el uso de una parcela identificada como "Centro Cívico Social" en donde construyó y explota un edificio denominado "POR. SIT. RESORT". Por el uso de esa parcela participa con el 3,285% en los gastos comunes de mantenimiento de Puerto.

2º) POR. SIT., S.A. interpuso una demanda en reclamación de gastos comunes contra BORD., S.L. ante el Juzgado de Primera Instancia 3 de Vilanova i la Geltrú (autos 246/2008), que terminó por sentencia de 27 de noviembre de 2009 que condenaba a la demandada al pago de 504.220,33 euros. La sentencia fue recurrida por ambas partes ante la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que por sentencia de 31 de marzo de 2011 acogió en parte el recurso de POR. SIT., S.A. y amplió el importe de la condena a 538.586,56 euros, más los intereses legales (documento cinco de la solicitud, folio 344).

3º) Por auto de 19 de mayo de 2010, el Juzgado despachó ejecución provisional contra BORD., S.L. por la cantidad de 504.220,33 euros en concepto de principal y otros 151.266,10 euros por intereses y costas (folio 369). Por decreto de la misma fecha se ordenó el embargo del derecho de uso sobre la parcela que ocupaba la ejecutada y la propia empresa BORD., S.L. (folio 372).

Las partes fueron convocadas a una comparecencia para la constitución de una administración judicial para llevar a efecto el embargo sobre la empresa (folio 374). En ella BORD., S.L. alegó que el embargo debería recaer sobre la concesión administrativa de uso de la parcela y sus instalaciones, que contaba con arrendamientos vigentes y que el embargo no iba a surtir efecto por cuanto la empresa llevaba varios años incurriendo en pérdidas.

El Juzgado, por auto de 2 de noviembre de 2010, rechazó el embargo de la empresa por no haberse respetado el orden del artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no constar la valoración de la empresa (folio 378).

4º) Por auto de 28 de noviembre de 2011 se amplió la ejecución en la cantidad de 211.240,55 euros y otros 63.372,16 euros por intereses y costas (folio 381). En consecuencia, el objeto de la ejecución quedó fijado en 749.827,11 euros por principal y 224.948,13 euros por intereses y costas.

5º) A instancias de la ejecutante, la Agencia Tributaria (oficina de averiguación patrimonial), remitió al Juzgado el documento que obra al folio 389, en donde sólo se reseñan ocho cuentas sin saldo y un IVA a compensar de escasa cuantía.

6º) Sobre los derechos que la concursada ostenta de las instalaciones del Puerto pesaba un embargo anterior acordado por el Juzgado de Primera Instancia 11 de Barcelona por 3.452.057,57 euros en concepto de principal y 1.035.617,27 euros por intereses y costas. El embargo se acordó en el proceso de ejecución iniciado por Don F. Va. C., administrador único de BORD., S.L. S.L. (folio 410). Según informe de tasación elaborado por el arquitecto Don Juan García Martínez, esas instalaciones están valoradas en 7.965.338,01 euros (documento cuatro). La administración concursal ha aceptado en su informe esa misma valoración, si bien precisa que en un escenario de liquidación su valoración puede ser muy inferior.

7º) Es un hecho no controvertido que POR. SIT., S.A. no solicitó en el proceso de ejecución el embargo preventivo de las instalaciones propiedad de la ejecutada y, en consecuencia, tampoco fueron objeto de avalúo.

8º) El 28 de marzo de 2011 el Ayuntamiento de Sitges certificó que BORD., S.L. adeudaba un total de 433.837,07 euros por dos "ejecuciones subsidiarias" (folio 412).

SEGUNDO.- La concursada BORD., S.L. recurre en apelación el auto que declara el concurso. Alega, en primer lugar, que el crédito de la actora no viene reconocido en sentencia judicial y que la ejecución es provisional. En segundo lugar considera que no concurre el presupuesto objetivo del artículo 15.1º de la Ley Concursal, por cuanto dispone de activos suficientes para garantizar y satisfacer la deuda. En concreto, cita el edificio de su propiedad en las instalaciones del Puerto, que está tasado en 7.965.338,01 euros, según el informe que adjunta como documento cuatro; las rentas de alquileres de locales de ese mismo edificio; y la propia empresa BORD., S.L.. Si la ejecución ha sido infructuosa, sostiene la recurrente, ha sido por la pasividad de la propia demandante, que no ha dado al proceso de ejecución el impulso necesario, ya que contaba con bienes y derechos que embargar.

En tercer lugar la recurrente alega que no ha sobreseído de forma general en el pago de sus obligaciones y que no se encuentra incurso en causa de disolución, según resulta de las cuentas anuales del ejercicio 2011 (documento ocho y nueve de la demanda).

TERCERO.- La actora se opone al recurso y solicita se confirme el auto apelado. Alega que tiene legitimación activa y que la Ley Concursal no exige que la ejecución que haya resultado infructuosa tenga carácter

definitivo. Asimismo alude a la antigüedad del crédito y del propio proceso de ejecución, sin que la demandada haya cumplido con su obligación. En segundo lugar alega que la concursada no es titular de la parcela y del inmueble, sino que únicamente dispone de una licencia administrativa de uso. Además, sobre ese derecho pesaba un embargo anterior de elevado importe. En tercer lugar, por lo que se refiere a las rentas arrendaticias, no le consta que la concursada haya percibido cantidad alguna, dado que el precio del arrendamiento se fija en atención a los beneficios obtenidos por las arrendatarias. Por último señala que el auto sólo toma en consideración un hecho revelador de la insolvencia –la ejecución infructuosa-, por lo que no ha de entrarse en el análisis de las otras obligaciones.

CUARTO.- Con carácter general el artículo 2 de la Ley Concursal, después de establecer que la declaración de concurso procederá “en caso de insolvencia del deudor común”, entendida ésta como el estado en que se encuentra el deudor “que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, añade en su apartado cuarto que “si la solicitud la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1º) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 2º) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; 3º) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; o 4º) el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de las cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

Si bien de ordinario, admitida a trámite la solicitud, ha de emplazarse al deudor, que podrá formular oposición en un plazo de cinco días, de acuerdo con el artículo 15.1º de la Ley Concursal, según la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, “cuando la solicitud hubiera sido presentada por el acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosa o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente”. La norma viene referida al supuesto previsto en el **artículo 2.4º, párrafo primero, de la Ley, dando un trato singular y privilegiado, desde la perspectiva del acreedor, al primero de los hechos reveladores de la insolvencia: la previa existencia de un proceso de ejecución o de apremio que hubiera resultado infructuoso por no localizarse bienes libres bastantes que embargar**. De acogerse la petición del instante, el juez deberá declarar el concurso necesario sin más trámite –en el primer día hábil siguiente-. Se prescinde, en consecuencia, del trámite de oposición y con ello se limitan los mecanismos de defensa del deudor, que **sólo podrá oponer, apelando directamente la resolución del juez, la inexistencia del hecho que fundamenta la solicitud**.

QUINTO.- El embargo infructuoso, como hecho revelador de la insolvencia, exige, como primer requisito, que el acreedor presente un título ejecutivo en virtud del cual se haya despachado ejecución o apremio. No es necesario, como sostiene el apelante, que la ejecución lo sea de un título que haya alcanzado firmeza. Cabe, por tanto, que la ejecución sea provisional (artículos 524 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sí es preciso, por el contrario, que la ejecución se haya despachado.

El segundo requisito, conforme al artículo 2.4º de la LC, es que del embargo no resulten “bienes libres bastantes para el pago”. La norma no ha de interpretarse en su literalidad, entendiéndose por “bienes libres” los bienes no afectos a garantías reales o a embargos anteriores. **El hecho revelador de la insolvencia se dará si los bienes embargados, estén o no gravados, son insuficientes para satisfacer el crédito del ejecutante. Para ello habrá que deducir del valor de los bienes el importe de las cargas preferentes**.

No es necesario, en cualquier caso, agotar el proceso de ejecución para apreciar la existencia del embargo infructuoso. Bastará con que se haya despachado ejecución, que se hayan realizado las medidas de averiguación pertinentes y que se constate que los bienes trabados no son suficientes para cubrir la deuda.

SEXTO.- Entendemos, ello no obstante, que el embargo infructuoso, como indicio de insolvencia, tiene perfiles propios en el marco del artículo 15.1º de la Ley Concursal. Dicho precepto no se remite, sin más, al artículo 2.4º-1º o lo reproduce literalmente. El artículo 15.1º reformula la ejecución infructuosa como hecho revelador de la insolvencia en términos mucho más exigentes. No basta con que en la ejecución no se localicen “bienes libres bastantes para el pago”, sino que, yendo más allá, la norma exige una “declaración administrativa o judicial de insolvencia” o “un embargo o una investigación de patrimonio infructuosos”. Este último inciso ha de interpretarse en términos equivalentes a una declaración judicial o administrativa de insolvencia, dado que ese supuesto se presenta como una de las dos alternativas que pueden dar lugar a la declaración del concurso necesario. En este contexto consideramos que, a falta de una declaración judicial o administrativa de la insolvencia, para que un embargo infructuoso justifique el concurso necesario sin trámite de oposición será preciso que en la ejecución se constate una situación equiparable, esto es, que inequívocamente el deudor carece de bienes suficientes para atender para el pago de la deuda y que de la propia ejecución puede deducirse la imposibilidad de atender las obligaciones a su vencimiento. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, cuando el propio ejecutado reconozca que no tiene bienes o cuando, tras una investigación exhaustiva, no se localiza ningún bien o pesan sobre ellos multitud de embargos y cargas preferentes.

Se impone, por tanto, una interpretación muy restrictiva del artículo 15.1º de la Ley Concursal. Y no sólo por la trascendencia de la decisión judicial, sino por las limitaciones en los motivos de oposición que puede esgrimir el deudor, que ya no podrá invocar y probar su solvencia deducida de los libros de contabilidad (artículo 18.2º de la Ley Concursal), sino sólo, recurriendo en apelación la declaración de concurso, la inexistencia del hecho que fundamenta la solicitud.

En definitiva, aun cuando la ejecución infructuosa del artículo 15.1º de la Ley Concursal presenta rasgos comunes con la del artículo 2.4º-1º, en realidad advertimos dos situaciones distintas que merecen una respuesta judicial diferente. El embargo infructuoso en el marco de un proceso de ejecución como indicio de insolvencia del artículo 2.4º-1º, que da lugar a una tramitación ordinaria de la solicitud con oposición del deudor. Y el embargo infructuoso como manifestación de un estado de insolvencia constatada en un ejecución previa, que, por tal motivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1º de la LC, determina la declaración del concurso necesario sin más trámite.

SEPTIMO.- Aplicado lo que antecede al presente caso, debemos acoger los argumentos esgrimidos por la recurrente y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de concurso necesario. En efecto, POR. SIT., S.A. esgrime un título ejecutivo por el que se despachó ejecución ante el Juzgado de Primera Instancia 3 de Vilanova i la Geltrú. Prescindiendo del embargo de la empresa como tal, que resultó infructuoso o de las rentas arrendaticias, que no consta se produjeran, no se discute que el ejecutado señaló un edificio de su propiedad susceptible de ser embargado. A partir de ahí, la ejecutante no dio los pasos necesarios para que pudiéramos concluir que de la ejecución se deducía una situación de insolvencia palmaria. En efecto, POR. SIT., S.A. no solicitó que se anotara el embargo en el Registro de la Propiedad (artículo 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Tampoco pidió el avalúo de los bienes (artículo 637), lo que hubiera permitido conocer que, en principio, el edificio cubría tanto la deuda del ejecutante como la garantizada con el embargo anterior.

Aunque no es necesario agotar la vía de apremio, no es aceptable que la actora se desentendiera del proceso de ejecución y renunciara apremiar un inmueble de gran valor por estar gravado por un embargo previo. La falta de interés del ejecutante, en definitiva, impidió conocer si los bienes del deudor eran suficientes o no para satisfacer la deuda.

Tampoco podemos desconocer que el único embargo sobre los bienes del deudor procedía de una ejecución instada por el administrador de la concursada, que está involucrado en distintas querellas y litigios con POR. SIT., S.A. y con la propia BORD., S.L.. Sin negar la realidad de la deuda, más parece responder a un conflicto dentro de la sociedad que a una imposibilidad cierta de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la Ley Concursal, a petición del deudor podrán determinarse los daños y perjuicios causados por los trámites

previstos en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

OCTAVO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede la imposición de costas en esta instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 125/2013, de 21 de Octubre de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: En virtud del artículo 3 LC, una persona que fue administrador de la sociedad en el pasado no puede **solicitar concurso** cuando no tiene ya tal condición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Como se expone en la propia parte dispositiva del auto impugnado –transcrita en los antecedentes de hecho de esta resolución- y se desarrolla ampliamente en su fundamentación jurídica, la Sra. magistrada del juzgado mercantil denegó la admisión de la solicitud de concurso necesario de C. S. G., S.A. (en adelante, C. S. G., S.A.) por falta de legitimación activa del solicitante, don J.C.B.
2. La decisión y su motivación son combatidas en el recurso de apelación del Sr. J.C.B. Según el apelante, su condición de administrador de C. S. G., S.A. en el momento de producirse –en su criterio- la insolvencia de la sociedad le legitima para pedir el concurso necesario conforme al artículo 3.3 de la Ley concursal (LC).
3. La juez mercantil explica con claridad por qué no estamos en presencia del supuesto del artículo 3.3 de la LC. Este tribunal no puede sino insistir en los razonamientos que fundamentaron el rechazo de la legitimación del hoy recurrente, no desvirtuados con las alegaciones del recurso.
4. El artículo 3 LC, bajo la rúbrica de "*legitimación*", dice, en su apartado 1, que "*para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores*" y precisa que "*si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación*". El apartado 3 del mismo artículo añade: "*Para solicitar la declaración de concurso de una persona jurídica, están también legitimados los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella*".
5. Con arreglo al relato de la propia solicitud de concurso y del recurso de apelación:
 - El Sr. J.C.B fue nombrado administrador único de C. S. G., S.A. el 16 de noviembre de 2012, fecha en que aceptó el cargo (escritura pública de 16 de noviembre de 2012, aportada como documento 5 de la solicitud).
 - El Sr. J.C.B alega también –sin aportar documentación de soporte- que su cargo de administrador fue revocado el 31 de enero de 2013, según comunicación no formal que habría recibido.
 - La solicitud de concurso necesario de C. S. G., S.A. se presentó ante el juzgado mercantil el 14 de marzo de 2013, es decir, un mes y medio después del cese del Sr. J.C.B como administrador de la sociedad.
6. El Sr. J.C.B. no actúa como administrador de la sociedad cuyo concurso solicita, puesto que no tiene ya tal condición y sus escritos dejan claro que no insta el concurso voluntario sino el necesario. No actúa tampoco como acreedor de la sociedad, sino con base en el artículo 3.3 LC que invoca. Pero, como el tribunal de instancia, estimamos que no se da en el solicitante la condición

exigida en ese precepto de ser socio, miembro o integrante de C. S. G., S.A. que sea personalmente responsable de las deudas de aquélla.

La redundancia –defecto de muchos textos jurídicos- de la formulación legal, que habla de socios, miembros o integrantes de la persona jurídica, no impide concluir que el Sr. J.C.B, respecto de C. S. G., S.A., carece de esas condiciones: no es socio, miembro o integrante. Fue (en pasado) administrador único de la sociedad durante un período de dos meses. Si en aquel momento concurrían los presupuestos de la LC para la solicitud del concurso voluntario de la sociedad –y el administrador podía y debía instarlo- o los presupuestos de la Ley de sociedades de capital para la disolución de la sociedad, ni cabe enjuiciarlo ahora ni, en caso afirmativo, alteraría el signo de la decisión, puesto que, de todas formas, al tiempo de la solicitud, don J.C.B. carece de la condición antedicha.

Por lo expuesto, debemos desestimar el recurso y confirmar el auto del juzgado.

7. Desestimado el recurso, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC)

Capítulo 2.- Órganos del concurso. Honorarios.

Juzgado, administración concursal, junta de acreedores, letrado de la concursada

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 133/2013, de 30 de Octubre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En un concurso en el que se han **suspendido las facultades** del deudor la AC no está legitimada para instar el concurso de sus filiales que administra, a no ser que el Juez le confiera esas mayores facultades de administración.

Las **limitaciones en las facultades de administración y disposición** no apartan al concursado del procedimiento. Esas limitaciones tampoco determinan que sea la administración concursal la que, en el ejercicio de sus funciones, asuma la representación de las concursadas.

La **consolidación de patrimonios** en los concursos acumulados se debe ventilar en el informe de las respectivas sociedades.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- COR. INV., S.A., LOG. WOR., S.L. y COR. EN., S.L. recurren en apelación el auto de declaración conjunta, a instancia de la administración concursal de COR. INV., S.A., del concurso voluntario de distintas sociedades pertenecientes al mismo grupo. Pues bien, para la resolución del recurso hemos de considerar los siguientes hechos:

1. Por auto de 2 de abril de 2012 se declaró el concurso necesario de las entidades mercantiles COR. INV., S.A., LOG. WOR., S.L. y COR. EN., S.L. En el auto de declaración se hizo constar que COR. INV., S.A. era la sociedad matriz de un grupo en la que se integraban las otras dos sociedades. En el mismo auto se suspendieron las facultades patrimoniales de las concursadas, designándose administrador concursal a DEL., S.L.
2. El 7 de mayo de 2012 el Juzgado acuerda por auto extender la suspensión de facultades de administración y disposición a todas las sociedades en las que COR. INV., S.A. ostentaba la totalidad o la mayor parte del capital social, directa o indirectamente, siendo sustituida por la administración concursal.
3. A instancia de la administración concursal, por auto de 3 de julio de 2012 el Juzgado acuerda la

suspensión de los derechos políticos de la mercantil COR. INV., S.A. en las sociedades participadas y la anotación preventiva de la declaración de concurso en el Registro Mercantil –en las hojas registrales de aquellas sociedades-.

4. También a petición de la administración concursal, por auto de 6 de septiembre de 2012 se autorizó a la administración concursal de COR. INV., S.A. a instar los concursos voluntarios de las sociedades que, dentro del grupo COR. INV., S.A., se encontraran en situación de insolvencia actual o inminente.

5. Fruto de esa autorización, por escritos de 31 de octubre de 2012 se solicitó el concurso voluntario de ACT. MA., S.L.U. y 27 filiales más de COR. INV., S.A. La solicitud se formuló por la procuradora de los tribunales Doña E. M. V., que acompañó un poder para pleitos otorgado por la administración concursal de COR. INV., S.A.

6. Por auto de 20 de noviembre de 2012 se declara conjuntamente el concurso voluntario de 28 sociedades participadas por COR. INV., S.A., que tenían como administradora única a esa misma entidad. Se acuerda la intervención de las facultades de administración y disposición y se designa como administradores concursales a DEL., S.L. y a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En la misma resolución se acuerda la acumulación de los concursos declarados al concurso necesario de COR. INV., S.A. “para su tramitación conjunta –dice la parte dispositiva del auto- ante la confusión de patrimonios”.

SEGUNDO.- El auto es recurrido por COR. INV., S.A., LOG. WOR., S.L. y COR. EN., S.L., que alegan, en primer lugar, nulidad de actuaciones por no haberseles dado traslado de las solicitudes de concurso voluntario presentadas por la administración concursal. Consideran, en tal sentido, que se ha violentado el principio de contradicción y su derecho de defensa.

En segundo lugar niegan la legitimación activa de la administración concursal de COR. INV., S.A. para solicitar el concurso voluntario de las sociedades filiales, dado que sólo el órgano de administración de cada una de ellas está legitimado para instar el concurso. En apoyo de esa alegación, citan el auto de esta misma Sección de 17 de marzo de 2008.

En tercer lugar sostienen que las solicitantes de los concursos deberían haber acreditado que se encontraban en situación de insolvencia, circunstancia que niegan.

Por último rechazan que exista confusión de patrimonios y que pueda acordarse de oficio la acumulación de los concursos a los ya declarados como necesarios. Entienden las recurrentes, por tanto, que la resolución recurrida infringe los artículos 25, 25 bis y 25 ter de la Ley Concursal.

La administración concursal, en su propio nombre y actuando en representación de las sociedades declaradas en concurso, se opone al recurso de apelación y solicita se confirme la resolución recurrida. Además de refutar los cuatro motivos de impugnación, aduce la falta de legitimación de las recurrentes para interponer el recurso y para oponerse a la declaración de concurso, dado que, al haber sido suspendidas en sus facultades de administración y disposición, no ostentan la representación de las concursadas (folios 120 y 121).

TERCERO.- Hemos de partir, en el análisis de las distintas cuestiones que se suscitan en este recurso, de unas consideraciones básicas sobre la incidencia de la declaración de concurso en los órganos de la sociedad y, más en concreto, sobre las funciones de administración y representación que tienen atribuidas. En este sentido, debemos recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Concursal, durante la tramitación del concurso “*se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración o disposición*”. **Declarado el concurso, en definitiva, coexisten los órganos de la sociedad con los del concurso.** El órgano de administración, por tanto, no queda inhabilitado; la intervención o suspensión del artículo 40 se circunscribe a las facultades de disposición y administración “*sobre su patrimonio*” (apartados primero y segundo). Como reitera el apartado sexto del citado artículo 40, **la intervención y suspensión se refiere exclusivamente a las facultades de administración y disposición “sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso”.**

Obviamente, la injerencia de los administradores concursales en las facultades de administración y disposición sobre los bienes de la concursada es mayor si se acuerda el régimen de suspensión. En tal caso, los administradores concursales “sustituyen” al deudor, sustitución que implicará, en algunos casos, actuaciones en su nombre o por cuenta del concursado. De este modo, el artículo 54 de la Ley Concursal reconoce a la administración concursal legitimación para el ejercicio de acciones de índole no personal en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición.

Sólo con la apertura de la liquidación se acuerda el cese de los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, *“que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”* (artículo 145.3º). Es decir, incluso en liquidación, una vez cesados los administradores, éstos conservan la representación de la concursada en el procedimiento.

CUARTO.- Dicho lo anterior, es indiscutible que las recurrentes conservan su capacidad procesal para recurrir en apelación el auto impugnado. La tendrían en liquidación, conforme al artículo 145.3º y, con más motivo, la tienen durante la fase común, en la que se mantienen los órganos de la sociedad (artículo 48.1º). Las limitaciones en las facultades de administración y disposición sobre los bienes de su patrimonio, por relevantes que sean, no le apartan del procedimiento. Esas limitaciones tampoco determinan que sea la administración concursal la que, en el ejercicio de sus funciones, asuma la representación de las concursadas.

Por otro lado, aunque la recurrente postule la nulidad y alegue que se han infringido normas esenciales del procedimiento, causándole indefensión, el problema que se plantea en el recurso no es de tramitación procesal sino de legitimación para solicitar el concurso voluntario. La declaración de concurso, cuando se solicita por el deudor, se realiza sin más trámite, salvo que la solicitud o la documentación que la acompaña adolezcan de algún defecto procesal o material o sea ésta insuficiente (artículos 13.2º y 14 de la Ley Concursal). El Juzgado, por tanto, no venía obligado a prestar audiencia a quienes figuraban como parte en el concurso necesario. Sólo debía valorar si concurrían los presupuestos procesales de competencia y legitimación que deben analizarse de oficio, entre los que se encuentra la legitimación del solicitante.

QUINTO.- El artículo 3.3º de la Ley Concursal dispone que para solicitar la declaración de concurso del deudor persona jurídica será competente el órgano de administración y disposición. Por tanto, en principio, la administración concursal de COR. INV., S.A. no está legitimada para instar el concurso de las sociedades de las que ésta es administradora única. Y ello por cuanto, como venimos exponiendo, la suspensión se circunscribe a las facultades de administración y disposición de los bienes que se integran en la masa activa del concurso. De igual modo, la sustitución del deudor por el administrador concursal lo es en el ejercicio de esas facultades de índole patrimonial. No asume para sí la representación de la concursada. Tampoco ostenta, lógicamente, la representación de las sociedades que COR. INV., S.A. administra.

Ahora bien, en el presente caso el Juzgado adoptó una serie de resoluciones, que no se ha discutido hayan alcanzado firmeza –tampoco consta que fueran impugnadas-, que implicaban la atribución a la administración concursal de la capacidad suficiente para instar el concurso de sus filiales. En efecto, por auto de 7 de mayo de 2012 el Juzgado acordó extender la suspensión de las facultades de administración y disposición a todas las sociedades participadas por COR. INV., S.A., que fue sustituida por la administración concursal. En segundo lugar, por auto de 3 de julio de 2012 el Juzgado suspendió cautelarmente los derechos políticos de COR. INV., S.A. en las sociedades participadas. No consta en el testimonio remitido a esta Sala copia de esas resoluciones, si bien cabe colegir de ellas que el Juzgado confirmó la administración de esas sociedades a los administradores concursales, con amplísimas facultades, y, con ello, también la legitimación para solicitar el concurso, al igual que el artículo 54 confiere directamente a la administración concursal legitimación para el ejercicio de todas las acciones patrimoniales. Así resulta, por otro lado, del auto de 6 de septiembre de 2012 que autoriza a la administración concursal a instar el concurso de 28 sociedades participadas.

El auto de esta misma Sección de 17 de marzo de 2008 (ROJ 2083/2008), citado por la recurrente, contempla un supuesto distinto. En aquel caso la administración concursal de la sociedad dominante solicitó directamente el concurso necesario de la filial. Ya en esa resolución advertimos que el concurso, en su caso, podría haber sido instado como voluntario por el administrador judicial que se había designado en el mismo concurso. Es ésa, en definitiva, la situación que se ha creado en este expediente, por lo que debemos rechazar la falta de legitimación activa alegada por las concursadas.

SEXTO.- La apelante también alega que la instante de los concursos –la administración concursal de COR. INV., S.A.- debería haber acreditado la situación de insolvencia de los deudores (artículo 2.1.1º de la Ley Concursal). Entendemos, sin embargo, que, un año después de haberse declarado el concurso, no basta con esa invocación genérica. La recurrente debería haber justificado, siquiera mínimamente, que en todas o en alguna de las sociedades en concurso no concurría el presupuesto objetivo, cosa que no ha hecho. Además, basta con un somero análisis de las solicitudes de concurso y de los inventarios de bienes para constatar la ausencia total de tesorería.

En cuanto a la improcedencia de la acumulación, debemos recordar que el vigente artículo 25 de la Ley concursal contempla expresamente la declaración conjunta de concurso voluntario de las sociedades que formen parte del mismo grupo. Y no se discute que concurren en el presente caso los presupuestos materiales para la acumulación –COR. INV., S.A. es la sociedad dominante de las sociedades declaradas en concurso-. Por último indicar que es en el **informe de la administración concursal cuando se decide si finalmente es procedente la consolidación de masas por confusión de patrimonios.**

Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso.

SEPTIMO.- Atendidas las dudas de derecho que suscita la legitimación activa de la solicitante del concurso, no imponemos las costas de esta alzada (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 115/2012, de **28 de Septiembre de 2012.**

Ponente: Marta Rallo Ayezcurén

Resumen: No se prevé que los **honorarios del administrador concursal** sean sufragados por la Administración pública (art. 34.1 LC); se hará con cargo a la masa (salvo en los supuestos excepcionales del artículo 27.2, I y II). En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una **cuenta de garantía arancelaria** que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El concursado, don M.L.P., apela contra el auto del juzgado mercantil que fijó la retribución del administrador concursal (en adelante, AC).

El recurso de apelación, interpuesto el 4 de julio de 2011, invoca un único motivo de discrepancia con la resolución judicial. Según el apelante, se ha producido una apreciación incorrecta de la legislación de justicia gratuita, en concreto, del artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. En el recurso se alega que, en aplicación de dicho precepto, el concursado, como beneficiario de justicia gratuita, no debe efectuar pago alguno al AC, sino que los honorarios del AC deben ir a cargo de la Administración pública que ha otorgado el beneficio de justicia gratuita.

2. La alegación no puede acogerse.

Conforme al artículo 6.6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita, entre las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se incluye la *asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas. Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.*

El AC no ejerce las funciones de perito en el proceso, sino unas funciones de naturaleza bien distinta, de administración o intervención del concurso con arreglo a la Ley concursal (LC). Ello no queda desvirtuado por el dato de que la LC exija que los AC, para poder ser nombrados, reúnan determinadas condiciones subjetivas (el AC único, ha de ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo).

Ni la Ley de asistencia jurídica gratuita invocada por la parte apelante ni la LC –ni ninguna otra norma legal- prevén que los honorarios del AC sean sufragados por la Administración pública, como pretende el recurrente. El artículo 34.1 LC establece, sin excepción, que los administradores concursales *tendrán derecho a retribución con cargo a la masa* (salvo en los supuestos excepcionales del artículo 27.2, I y II). El mismo artículo, en su apartado 2.II.c. (antes d), dispone que *“en aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente”*.

Lo expuesto ha de conducir a la desestimación del recurso de apelación.

3. Debe efectuarse una última precisión, de naturaleza procesal. De acuerdo con el artículo 458 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), en el escrito de interposición del recurso, el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación. Tal como se ha reflejado, el de gratuidad de la AC ha sido el único motivo expuesto en el recurso de apelación. La congruencia (artículo 465.4 LEC) exige que limitemos el análisis a ese motivo de recurso e impide examinar las alegaciones que no se contienen en el escrito de interposición aunque fueron efectuadas por el recurrente en el escrito de preparación de la apelación (en el cual, debía limitarse a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugnaba, artículo 457.2 LEC).

Por tanto, no procede examinar la alegación de duplicidad del cómputo de los aranceles (en el concurso del Sr. M.L.P. y en el de su esposa, los cuales, según se afirma, presentaron inicialmente un concurso único con la masa activa y pasiva que ahora se habría calculado doblemente), sin perjuicio del derecho de la parte a impugnar, en su caso, la resolución de aprobación definitiva de la retribución de la AC.

4. Desestimado el recurso de apelación, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículo 398.1 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 327/2012, de 11 de Octubre de 2012.

Ponente: Luís Garrido Espa

Resumen: La retribución a los administradores concursales incorporada a la rendición final de cuentas por razón del trabajo desarrollado tras la eficacia del convenio, respecto de funciones propiamente concursales, como son la gestión y fiscalización del pago de los créditos contra la masa (créditos anteriores o preexistentes a la eficacia del convenio, art. 84.2 LC), no debe devengarse si falta el acuerdo de la concursada y de los demás

interesados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La concursada, N.D.U., S.L., impugnó mediante demanda incidental la rendición final de cuentas presentada por la administración concursal (AC), por haber incluido una partida en concepto de retribución por el trabajo realizado tras la aprobación del convenio.

La concursada solicitaba que se denegara esta pretensión retributiva, añadida a la establecida por el auto que, de acuerdo con el art. 34 LC, fijó la remuneración conforme al arancel, ya que el convenio no atribuía ninguna función a la administración concursal, y las que haya podido realizar más allá de su cese son inherentes al desempeño de dicho cargo.

La sentencia desestimó la impugnación por considerar justificada esta retribución en atención a que la sentencia que aprobó el convenio encomendó a los administradores concursales la tarea de gestionar y garantizar el pago de los créditos contra la masa.

2. En su recurso, la concursada desarrolla los motivos de la impugnación a la vista de la fundamentación de la sentencia, en síntesis: no se acredita que las tareas llevadas a cabo por la AC tras la aprobación del convenio sean distintas a las inherentes a su cargo hasta la rendición de cuentas; no ha existido una actividad efectiva de la AC, tras la aprobación del convenio, en la negociación y pago de los créditos contra la masa; no cabe reconocer un incremento retributivo sobre los honorarios fijados conforme al arancel, que establece una retribución máxima y global, regida por los principios de limitación y exclusividad, por las funciones que son propias de la AC; el convenio no atribuye ninguna función a los administradores concursales.

3. Según indica la AC, por auto de fecha 3 de mayo de 2010, se fijó la retribución conforme al arancel (art. 34 LC) en la suma de 83.256,67€ para cada administrador concursal.

El convenio fue aprobado por sentencia de 8 de marzo de 2010, que (así lo recoge la sentencia aquí apelada) encomendó a los administradores concursales, no obstante su cese, la tarea de gestionar y garantizar el pago de los créditos contra la masa.

La AC sostiene que desde la aprobación del convenio hasta diciembre de 2010 ha realizado una inmensa labor fiscalizando el pago de créditos contra la masa, y hasta agosto de 2011 la concursada ha requerido la firma de la AC para el pago y cobro de cantidades.

En la rendición final de cuentas, la AC se atribuye una remuneración por este período del 10% mensual de los honorarios definitivos, a razón de 8.325€ al mes (marzo a diciembre de 2010) para cada administrador, en total 79.093€ para cada uno.

SEGUNDO. 4. La sentencia sugiere la inidoneidad del incidente de impugnación de rendición final de cuentas (que prevé el art. 181 LC) para cuestionar un crédito contra la masa, como lo sería la retribución de la administración concursal (art. 84.2.º LC), y en esta cuestión procesal también incide la AC en su escrito de oposición al recurso señalando que el cauce adecuado hubiera sido el incidente concursal que prevé el art. 154 LC.

5. Al margen de que en todo caso se ha seguido el procedimiento del incidente concursal, al que remite tanto el art. 181 como el 154 LC, en la medida en que la oposición a la rendición final de cuentas tiene por objeto la impugnación de una determinada partida o aplicación de fondos (la retribución de la AC), y habida cuenta que es en la rendición final donde se pone de manifiesto por vez primera esta pretensión retributiva, ha de estimarse viable el incidente de oposición al amparo del art. 181 LC, cuya estimación

dará lugar, en su caso, a la aprobación de la rendición de cuentas salvo la partida o concepto impugnado, sin que por tanto conlleve la desaprobación total.

TERCERO. 6. El art. 34 LC diseña el sistema de retribución de los administradores concursales conforme a un arancel que se aprobará reglamentariamente (es el RD 1860/2004) y atenderá, como criterios objetivos informadores y determinantes de la cuantía de los honorarios, a la cifra del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a su previsible complejidad. Este arancel, continúa el precepto, se ajustará a las reglas de "exclusividad", en el sentido de que los administradores concursales *"sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de aplicación del arancel"*, y de "limitación", que implica que la administración concursal *"no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso"* (aparte de las reglas de "identidad" -finalmente suprimida por la Ley 38/2011- y "efectividad").

La retribución, de acuerdo con el arancel, será fijada por el juez del concurso, sin perjuicio de ulterior revisión si concurre justa causa, señala el art. 34 (apartados 3 y 4).

Es el juez del concurso, por tanto, quien ha de fijar la retribución de los administradores concursales, atendiendo a unas reglas objetivas y homogéneas establecidas por una norma reglamentaria, el RD 1860/2004, sometida a los parámetros del art. 34 LC, que proporciona seguridad jurídica sobre uno de los costes, de seguro devengo, del procedimiento concursal.

La retribución mediante arancel, dice la Exposición de Motivos de este Real Decreto, cumple la finalidad de asegurar un tratamiento homogéneo de cuantos ejercitan las funciones propias de este órgano concursal y, por otro, permite calcular aproximadamente el coste de esta importante deuda de la masa a quienes proyectan la apertura del procedimiento o se ven involucrados en él. Con este arancel, cuyo postulado fundamental es el justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto, se intenta conseguir que las cantidades que se perciban en concepto de retribución no resulten desproporcionadas respecto de la dificultad de las tareas que se realizan, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento (...).

El sistema que se establece -prosigue la EM- distingue entre la retribución correspondiente a la fase común (la única que necesariamente tiene que existir en cualquier concurso) y la de la fase o fases sucesivas. La primera se calcula de modo global, cualquiera que sea la duración efectiva de esa fase, con algunas especialidades para el caso de tramitación abreviada con administración concursal unipersonal y para el caso de aprobación judicial de un convenio anticipado. La segunda se determina en función de la establecida para la fase anterior, siendo igual a la décima parte de la correspondiente a la fase común por cada mes de duración de la fase de convenio. Igual retribución se percibirá durante los seis primeros meses de la fase de liquidación, si bien dicha retribución se reducirá a la mitad a partir del séptimo mes de esta fase.

7. La retribución mediante arancel por las funciones concursales a desarrollar por la AC se configura (estimamos que así debe entenderse) con carácter global, comprensiva de la remuneración por los trabajos, trámites y tareas que la LC atribuye a los administradores concursales, propios de la fase común, de la de convenio o de la fase de liquidación, incluidos los incidentes que puedan plantearse.

En principio, los administradores cesan en sus funciones desde la eficacia del convenio, consecuencia de que desde ese momento, que se produce con la sentencia que aprueba el convenio, cesan los efectos de la declaración de concurso, conforme establece el art. 133 LC.

Sin embargo, ese cese puede que no implique un abandono de *facto* de sus funciones concursales, pues, aparte de la pieza de calificación, pueden existir incidentes pendientes o incluso trabajos propiamente concursales, como lo es la gestión del pago de créditos contra la masa (no ya de

créditos nacidos con posterioridad a la aprobación del convenio, cuando el deudor ha recuperado la plenitud de las facultades de administración y disposición).

8. No obstante, la LC prevé en el art. 133.2 que el convenio pueda atribuir a los administradores concursales cualesquiera funciones. En tal supuesto, el art. 1.2 del RD 1860/2004 excluye la aplicación del arancel para retribuir estas funciones al disponer que *“el ejercicio de las funciones atribuidas por el convenio será retribuido sin sujeción a arancel conforme a lo establecido en el propio convenio y, en defecto de previsión, conforme a lo que establezca el juez del concurso atendiendo a la importancia de dichas funciones”*.

Debe tenerse en cuenta el apartado 1 del precepto: *“El ejercicio de las funciones que la Ley atribuye a los administradores concursales será retribuido con cargo a la masa activa con las cantidades que resulten de la aplicación del arancel establecido en este Real Decreto”*.

De la conjunta interpretación de ambos apartados y del art. 34 LC deriva que: a) las funciones propiamente concursales, que la LC atribuye a los administradores concursales, están retribuidas conforme al arancel, y los correspondientes honorarios resultantes de su aplicación ni pueden proceder de otra fuente que no sea el arancel (principio de “exclusividad”) ni pueden superar la cantidad máxima que conforme al mismo sea fijada *“para el conjunto del concurso”* (principio de “limitación”); y b) cabe que el convenio atribuya a los administradores concursales ciertas funciones, en cuyo caso la retribución correspondiente ya no deberá ajustarse al arancel.

El nuevo art. 133.4, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, al prever que *“con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna”*, confirma que el convenio puede atribuir a los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, estableciendo la oportuna retribución.

A efectos retributivos, por tanto, debe partirse de la distinción entre las funciones que la Ley atribuye a los administradores concursales, aunque se prolonguen una vez que el convenio haya adquirido eficacia, y aquellas otras, cualesquiera, cuyo origen o fuente de atribución sea el propio convenio, y cuya realización, una vez cesados los efectos de la declaración de concurso, dará lugar a la correspondiente retribución (fijada por el convenio, o en su defecto por el juez del concurso), que se acumulará a la retribución fijada conforme al arancel para las funciones propiamente concursales.

9. En este caso, contemplamos una retribución que los administradores concursales incorporan a la rendición final de cuentas por razón del trabajo desarrollado tras la eficacia del convenio, pero que se corresponde con funciones propiamente concursales, atribuidas por la LC, como es la gestión y fiscalización del pago de los créditos contra la masa. Entendemos, pues así se desprende de las explicaciones de la AC, que no se trata de la gestión de pago de nuevos créditos generados tras la eficacia del convenio, sino anteriores o preexistentes, que conforme al art. 84.2 LC tienen la consideración de créditos contra la masa. Se trata, por tanto, de una retribución añadida a la fijada por el juez del concurso conforme al arancel para retribuir las funciones concursales de la AC, comprensiva tanto de la fase común como de la fase de convenio.

Aunque el pago de estos créditos se haya diferido (por razón, según se afirma, de aplazamientos o fraccionamientos) una vez que el convenio ha adquirido eficacia, su fiscalización o gestión responde a funciones propiamente concursales, que deben entenderse ya retribuidas conforme al arancel mediante la cantidad fijada en su día por el juez del concurso. No se trata de funciones encomendadas por el convenio, que no atribuye ninguna función a los administradores concursales, ni por tanto fija retribución alguna, sino de la prolongación de las funciones concursales de la AC. Por tal razón, faltando el acuerdo de la concursada y de los demás interesados, no ha lugar al devengo de la pretendida retribución.

Debe por ello prosperar la impugnación de la rendición final de cuentas, limitada a la referida partida, concepto o aplicación de fondos.

CUARTO. Estimado el recurso, no procede imponer las costas (art. 398.2 LEC). Tampoco las de la primera instancia (que la sentencia apelada no impuso a ninguna de las partes), dado el carácter dudoso de la cuestión.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 126/2012, de 8 de Noviembre de 2012.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: La aplicación del **arancel a los administradores concursales** debe estar regida por el principio de proporcionalidad de la retribución. Cuando se trate de un **grupo de sociedades** habrá que sumar los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso, para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad concursada.

La **falta de impugnación** de la aprobación provisional de la retribución de la AC no impide la impugnación de la aprobación definitiva. La no impugnación de la **aprobación definitiva** de la retribución correspondiente a una de las sociedades, no impide que pueda prosperar la impugnación del resto de sociedades.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (AEAT) ha apelado el auto del juzgado mercantil que aprueba con carácter definitivo los honorarios de la administración concursal (AC), con base en que se ha aplicado el arancel de derechos de los administradores concursales establecido por el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, sin tener en cuenta que se trata de seis procedimientos concursales -en los que coinciden los mismos administradores concursales- de sociedades que forman parte de un mismo grupo de empresas (Grupo He.), que operan con unidad de dirección y caja única (según indica el informe de la AC).

Alega la apelante que el **principio de proporcionalidad de la retribución que debe presidir la aplicación del arancel de retribuciones** exigiría sumar las cantidades correspondientes a la masa activa y pasiva de todas las entidades en concurso y aplicar sobre estas dos únicas magnitudes los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto, atribuyendo a cada concurso la parte proporcional del pasivo de cada una de las sociedades concursadas.

2. La AC se opone a la pretensión alegando que la retribución se ha ajustado a las normas del arancel y que la pretensión de la AEAT es extemporánea, porque la hoy recurrente no apeló la resolución del juzgado de 30 de abril de 2009, que fijaba los honorarios de este procedimiento concursal y no impugnó tampoco la lista de acreedores anexa al informe de la AC donde constaba el referido crédito contra la masa.

SEGUNDO. 3. La cuestión objeto del recurso ya ha sido resuelta por esta Sección 15ª, mediante autos de 9 de febrero de 2012 y de 28 de marzo de 2012, recaídos en grado de apelación en los concursos de las sociedades H. y T., y de S., S.A.U., pertenecientes al mismo grupo que Tl., S.A., a raíz de similares recursos presentados por la AEAT. En esas resoluciones optamos por un criterio retributivo que, por coherencia, debemos seguir en el presente caso.

4. Por lo que respecta a los hechos, la AC no cuestiona que, tal como alega la AEAT, ante el Juzgado Mercantil número 8 de Barcelona se tramitan conjuntamente los concursos de seis sociedades del grupo HE.: HE., S.L., S., S.A.U., P.S.I.G., S.A., T., S.A., H.C., S.L.U. y T.E.O.C., S.A.

5. En principio, como ni la Ley concursal ni el Real Decreto 1860/2004, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, contienen una previsión específica, **el hecho de que varias sociedades del mismo grupo estén en concurso de acreedores no debería alterar el sistema de cálculo de la retribución respecto de cada uno de los procedimientos concursales**. Si fuera así, no se discute que de acuerdo con la masa activa y pasiva de la concursada, la retribución de la AC está bien calculada. La cuestión suscitada por la AEAT es que, **cuando se trata de un grupo de sociedades, este cálculo separado podría dar lugar a una retribución desproporcionada, teniendo en cuenta que muchas de las actuaciones de la administración concursal son comunes a todas las sociedades del grupo**.

6. La misma razón que lleva a la designación de los mismos administradores concursales para las seis sociedades es la que justifica que, con independencia de que no se consoliden las masas activas y pasivas para respetar los derechos de los acreedores de cada una de las sociedades, a los meros efectos de calcular la retribución de la administración concursal, **se sumen los importes de las masas activas y pasivas de todas las sociedades declaradas en concurso, para calcular la suma total de la retribución de los administradores, que se distribuirá después de forma proporcional a los activos y pasivos de cada sociedad**. Esta forma de cálculo se adecúa mejor al trabajo efectivo desarrollado por los administradores y a la complejidad real del concurso, de tal manera que la retribución así calculada sea más proporcional a dichos parámetros.

Esta forma de llevar a cabo la retribución no supone una modificación de los textos definitivos de cada uno de los procedimientos concursales, porque, como ya hemos argumentado, **esta suma de activos y pasivos se realiza a los únicos efectos de calcular la retribución de la administración, sin que ello determine la consolidación de masas activas y pasivas**.

7. Por otra parte, **la falta de impugnación de la aprobación provisional de la retribución de la AC no impide la impugnación de la aprobación definitiva**, pues esta última permite determinar finalmente la retribución merecida por la AC.

Finalmente, decíamos también en nuestras anteriores resoluciones que **el hecho de que no se haya impugnado la aprobación definitiva de la retribución correspondiente a una de las sociedades en ningún caso impide que pueda prosperar la impugnación del resto**, sin perjuicio del mecanismo de compensación lógico que pueda realizarse, a la vista de lo ya cobrado en uno de los concursos.

TERCERO. 8. Estimado el recurso de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 20/2013, de 8 de Febrero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En cuanto al **arancel de derechos de los administradores concursales**, si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá **incrementar la cuantía** hasta en un 50 % (art. 4.2 del RD 1860/2004), siempre debidamente justificado. Para ello, se requiere que los administradores concursales se hayan visto obligados a asumir personalmente la gestión de la concursada.

Para que se aplique la reducción de hasta el 25%, del art. 5 del Arancel, no es necesario

que haya existido cese completo de la actividad; basta con una reducción parcial. Para que se aplique el incremento de la retribución en un 5 %, el art. 6.1 d) del Arancel, el número de trabajadores a tomar en consideración debe ser superior a 250 en el momento de la declaración.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La concursada CAC., S.A. interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil fijando el importe de la retribución de los administradores concursales (AC). También lo hace la AC de CLE., S.L., otra de las sociedades del grupo.

Las razones en las que funda su discrepancia de la resolución recurrida la concursada son las siguientes:

a) No es razonable la aplicación del incremento en un 50 % que la resolución recurrida aplica, aunque el mismo esté previsto en el art. 4.2 del RD 1860/2004, porque lo que esa norma prevé es un máximo y faculta al juez a aplicarlo cuando concurren circunstancias que lo justifiquen, lo que no se ha justificado que ocurra en el supuesto enjuiciado.

b) Por otra parte, la suspensión de facultades no fue acordada en la declaración del concurso sino que se acordó en un momento ulterior, concretamente, el auto de 31 de agosto de 2011. Hasta entonces el régimen fue de mera intervención, de forma que durante 153 días de la fase común el régimen fue de intervención y únicamente durante 112 de suspensión, razón por la que debiera aplicarse proporcionalmente el incremento. Por ello solicita que se fije el porcentaje del incremento en la cantidad de 65.903,92 euros, en lugar de los 155.933,385 euros que ha aplicado la resolución recurrida.

2. El recurso de la AC de CLE., S.L. se funda en los siguientes motivos:

a) Insiste en la improcedencia de aplicar el incremento del 50 % previsto en el art. 4.2 RD 1860/2004 y, subsidiariamente, afirma que el mismo, caso de ser aplicado, debiera haberse moderado.

b) No se ha aplicado el descuento que establece el art. 5 del Real Decreto antes referido, esto es, la reducción de los honorarios de hasta un 25 % por consecuencia de haber cesado o haberse suspendido la actividad profesional o empresarial que viniera ejercitando el deudor. En el supuesto enjuiciado, si bien la misma no ha cesado completamente, se ha reducido de forma muy notable, razón por la que estima que el porcentaje de disminución se debe fijar en un 20 %.

c) La AC de CAC., S.A. ha contabilizado los 470 trabajadores de la concursada para aumentar en un 5 % su retribución conforme al art. 6.1 d), que exige un mínimo de 250 trabajadores, y a la vez, y sin duda que por error, ha aumentado su retribución en otro 5 % por el ERE que afectó a 277 de esos trabajadores. Tras la resolución del contrato de esos trabajadores, el número de los que continuaban prestando servicios para la concursada era de 193, inferior al número necesario para aplicar el referido incremento. Por todo ello finaliza solicitando que se fije la retribución en la cantidad de 280.680,10 euros o, subsidiariamente, en la cantidad de 350.114,59 euros.

SEGUNDO. 3. El art. 4.2 RD 1860/2004 de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, determina que si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un 50 % la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior.

4. Por consiguiente, tienen razón los recurrentes, que el juez pueda incrementar la retribución de los administradores concursales por esta causa no significa que necesariamente deba hacerlo; y que pueda hacerlo a su prudente arbitrio tampoco significa que no deba justificar su decisión, lo que es esencial para justificar que el arbitrio que la norma permite ha sido o no prudentemente ejercitado.

5. El examen de la resolución recurrida muestra que no ha existido absolutamente ninguna justificación respecto de ese extremo sino que se ha limitado, en un razonamiento estereotipado, a señalar que la retribución solicitada por los administradores concursales se encuentra ajustada al arancel. De ello deducimos que no ha sido el juez sino exclusivamente los administradores concursales quienes han

hecho el juicio sobre la prudencia de incrementar sus propios honorarios, lo que ni es acorde a la letra ni tampoco al espíritu de la norma.

6. Tanto la letra como espíritu de la norma expresan que el juez tanto puede acordar que se practique el incremento referido como no acordarlo y tanto puede acordar que se practique en toda su extensión (hasta un 50 %) como en un porcentaje inferior. Por consiguiente, no basta que exista suspensión de facultades sino que se requiere algo más para que pueda justificarse ese incremento; y se sobreentiende que ese algo más consiste en que los administradores concursales se hayan visto obligados a asumir personalmente la gestión de la concursada, lo que sin duda supone un notable incremento de su dedicación.

7. Por otra parte, tampoco puede desconocerse, a la hora de efectuar ese juicio sobre la oportunidad de practicar el incremento, cuál es la retribución básica que, conforme al propio arancel, corresponde a los administradores, porque lo que la norma pretende es evitar o corregir las situaciones en las que la misma se manifieste como una retribución insuficiente a la efectiva dedicación que la actividad haya supuesto. Por tanto, estimamos que **no tienen sin más derecho a este incremento por el hecho de existir suspensión de facultades sino que debe valorar el juez** (y esa misma valoración nos corresponde hacerla ahora a nosotros en la apelación) **la propia oportunidad de señalarla, a la vista de todas las circunstancias concurrentes** (y entre ellas, como hemos adelantado, incluso como esencial, la propia retribución básica que señala el arancel en el supuesto concreto).

8. En el supuesto que consideramos no han discutido las partes que la retribución básica importa la **cantidad de 311.866,77 euros** por cada uno de los administradores y para la fase común. La cifra es bien elocuente. Se trata de una **cantidad muy importante como retribución por solo unos meses de trabajo**, cualquiera que sea la dedicación que ese trabajo haya exigido y la formación que ostente quien lo desempeñe. De forma que **pretender un incremento sobre ella por sobre dedicación es poco razonable y no podemos estimar que esté justificada**.

9. Por consiguiente, lo de menos es que la suspensión de facultades no se hubiera producido más que durante una parte de ese período (menos de la mitad); lo esencial es que **no existe justificación razonable para ese incremento, particularmente cuando también han aplicado los administradores concursales incrementos por complejidad, que nadie le discute**, al menos en parte (respecto de dos de los conceptos, que suponen un 10 % adicional).

TERCERO. 10. El segundo motivo del recurso se funda en que los administradores no se han aplicado la reducción que resulta del art. 5 del arancel y que corresponde al cese o reducción de la actividad del deudor. Estiman los recurrentes que por este concepto debiera haberse practicado un reducción de un 20 por ciento, atendido que el cese o reducción ha sido parcial.

11. Frente a ello los administradores concursales alegan que no es cierto que se produjera el cese de la actividad de la concursada, lo que no se produjo gracias a la actividad desplegada por su parte, de forma que no está justificada esta reducción.

12. El art. 5 del Arancel de retribuciones establece lo siguiente: <<1. *La cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el artículo anterior se reducirá un 25 % cuando se hubiera cesado o suspendido o cuando cese o se suspenda la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.*

2. *Si el cese o la suspensión fueran parciales, el juez determinará a su prudente arbitrio el porcentaje de la reducción>>.*

13. Los administradores concursales niegan que haya existido cese de la actividad. No obstante, no niegan que haya existido una parcial reducción, que es lo único que afirman los recurrentes que se ha producido. Por otra parte, evidencia que tal **reducción se ha llevado a cabo la circunstancia, no negada, de que se ha tramitado un ERE que ha afectado a más de la mitad de la plantilla**. Por

consiguiente, estimamos que concurre la circunstancia que determina la reducción a la que hace referencia el recurso de la AC de CLE., S.L.

En cuanto al porcentaje de reducción, estimamos que debe ser un quince por ciento, atendidas las escasas circunstancias que nos son conocidas sobre el alcance de esa reducción de la actividad, que únicamente podemos deducir de forma indirecta a partir del dato relativo a su impacto sobre los contratos de trabajo (la suspensión afectó a 277 de los 470 trabajadores).

CUARTO. 14. El tercero de los motivos del recurso hace referencia a **otro incremento de los derechos, en un 5 % su retribución, al que los administradores concursales pretenden tener derecho conforme al art. 6.1 d) del Arancel.** Para que ese incremento sea aplicable se exige, afirma el recurso, un mínimo de 250 trabajadores y la AC ha contabilizado los 470 trabajadores que tenía la concursada al declarar el concurso sin tener en cuenta el ERE que afectó a 277 de esos trabajadores. Tras la resolución del contrato de esos trabajadores, el número de los que continuaban prestando servicios para la concursada era de 193, inferior al número necesario para aplicar el referido incremento.

15. Los administradores concursales se opusieron a este motivo del recurso alegando que el ERE no fue de extinción de los contratos sino simplemente de suspensión, razón por la que el número de trabajadores de la concursada seguía siendo superior a los 250 trabajadores.

16. Este motivo del recurso no puede prosperar por dos razones distintas: (i) **el número de trabajadores a tomar en consideración según la literalidad del precepto invocado es el que la concursada tenía en el momento de la declaración; y (ii) no consta que tras la aprobación del ERE, que fue de suspensión, no de extinción, el número disminuyera por debajo de los 250 trabajadores.**

QUINTO. 17. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas a los apelantes, al haber sido estimados sus recursos.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 82/2013, de 10 de Junio de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La autorización judicial para sobrepasar el límite establecido en el arancel de **honorarios de un procurador** exige que concurren circunstancias extraordinarias que lo justifiquen, demostrando su insuficiencia con datos concretos, como un cómputo de las horas efectivamente invertidas y un ajuste del precio abonado por ellas o que estima justo recibir.

Por otro lado, el **límite legal** debe entenderse referido exclusivamente a los derechos; no incluye los gastos, anticipos o suplidos que el procurador se haya visto forzado a hacer por razón de su representación y por cuenta de la representada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El procurador Sr. L. P., designado en representación de la concursada FBE. INM., S.L., recurre en apelación contra las resoluciones del juzgado mercantil que conoce el concurso, que ha limitado el importe de sus honorarios a la cantidad de 300.000 euros, en aplicación del RDL 5/2010, de 31 de marzo. Como fundamento de su recurso expone que, antes de ser designado, la dirección jurídica de la parte aceptó un presupuesto por importe de 700.000 euros que había elaborado, cantidad con la que se debían atender sus derechos y los suplidos y llegó incluso a recibir la expresada cantidad en concepto de provisión de fondos. También expone que la tramitación del procedimiento ha sido compleja pues ha

comportado, entre otras actuaciones, la sustanciación de 67 incidentes concursales distintos, cinco de ellos con recurso de apelación, y que ello ha comportado que hubiera de soportar unos gastos organizativos muy importantes, razones todas ellas que justifican sobradamente que fuera procedente que la juez del concurso le hubiera concedido autorización para sobrepasar el límite de 300.000 euros establecido en el RD Ley 5/2010.

Como motivos en los que funda el recurso se refiere a los siguientes:

A. El propio Real Decreto Ley contempla la posibilidad de que el juez pueda autorizar, de forma excepcional, que no se aplique el límite de 300.000 euros cuando ello resulte necesario para permitir la justa y adecuada retribución de los derechos del procurador, como en el caso ha ocurrido, razón que ha motivado la solicitud de autorización judicial a la que no se ha accedido.

B. Los gastos que ha debido atender durante el procedimiento (suplidos) han supuesto la suma de 118.282,81 euros, que no pueden estar incluidos en el límite antes referido, puesto que la norma únicamente se refiere a derechos.

C. Los incidentes que se han sustanciado, en número de 67, son procedimientos autónomos que permiten que el procurador devengue derechos independientes, de acuerdo con el art. 21 del Arancel.

D. Tampoco pueden verse afectados por el referido límite los 18 procedimientos instados contra la concursada ante juzgados distintos al que sustancia el concurso, en los que el procurador afirma haber comparecido una vez declarado el concurso.

SEGUNDO. 2. La disposición adicional única del RD Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, modifica el Arancel de derechos de los procuradores de los Tribunales y establece lo siguiente:

<<1. La cuantía global por derechos devengados por un procurador de los Tribunales en un mismo asunto, actuación o proceso no podrá exceder de 300.000 euros.

Excepcionalmente, y sometido a justificación y autorización del juez, se podrá superar el límite anteriormente señalado para remunerar justa y adecuadamente los servicios profesionales efectivamente realizados por el procurador de manera extraordinaria.

2. En los procesos concursales la base para regular los derechos que se devenguen será el 60 por 100 del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores presentada por la administración concursal. Cuando el número de acreedores que figuren en la lista fuera superior a 300, la base de cálculo se elevará al 70 por 100 del pasivo.

3. Las reglas establecidas en los apartados anteriores serán de aplicación a todas las actuaciones o procedimientos en tramitación a la entrada en vigor del presente real decreto-ley, incluidas las cantidades devengadas por actuaciones anteriores que no se hayan liquidado con carácter firme>>.

3. La aplicabilidad del límite máximo por procedimiento o asunto a que se refiere el apartado 1 del RD Ley al proceso concursal está fuera de toda duda, y el recurso no lo discute. La exposición de motivos que justifica la modificación normativa se refiere explícitamente a los procesos concursales como la razón determinante para introducir ese cambio en la regulación positiva.

4. Tampoco se cuestiona la aplicabilidad al caso por razones temporales, que resulta incuestionable si se considera la claridad del apartado 3, que la extiende incluso a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RD Ley.

TERCERO. 5. Por razones sistemáticas creemos razonable alterar el orden de examen de los concretos motivos del recurso. Comenzaremos el examen por los motivos que tienen que ver con el alcance de la regla limitativa y dejaremos para último lugar el examen del primero de los motivos, esto es, el relativo a la autorización judicial por la concurrencia de circunstancias extraordinarias. La razón por la que creemos que este motivo debe ser examinado en último lugar es para poder tomar en consideración con mayor claridad el ámbito de aplicación de la norma conociendo cuáles son todas las razones que podrían permitir concluir si existen las circunstancias extraordinarias que justifican la autorización.

6. Aunque compartamos con el recurrente que los incidentes concursales son procedimientos estructurados con autonomía y no son equivalentes a los incidentes del proceso declarativo, no por ello podemos compartir que deben quedar fuera del ámbito del alcance de la regla de limitación de los

derechos del procurador a los 300.000 euros. Desde la perspectiva del RD Ley creemos que todos los incidentes concursales, cualquiera que sea su naturaleza, entran dentro del concepto *"un mismo asunto, actuación o proceso"* al que se refiere el apartado 1. El proceso concursal es, por su propia naturaleza, un proceso complejo que incluye todos los incidentes concursales que genera o bien que atrae. Por consiguiente, la norma debemos entenderla referida a ellos. Y esa misma complejidad es la que puede justificar la excepción a la norma contenida en su párrafo 2.º que habilita al juez a autorizar sobrepasar el límite legal establecido.

Buena muestra de ello es que el procurador no precisa en cada uno de esos procedimientos acreditar su representación sino que le basta con haberla acreditado en el proceso principal.

Por consiguiente, **la autonomía de los incidentes concursales, cualquiera que sea su objeto, no puede justificar que los mismos no sean tomados en consideración a los efectos de la aplicación del límite establecido en el apartado 1 de la disposición adicional única del RD Ley 5/2010.** No se opone a ello el hecho de que, a efectos de aplicación del Arancel que regula los derechos de los procuradores, puedan considerarse como procedimientos distintos. El legislador no ha querido establecer normas arancelarias en el RD Ley 5/2010 sino poner límites a lo que resulta de su aplicación.

7. Igual suerte creemos que deben correr los **derechos devengados** por la sustanciación de los recursos de apelación, que también creemos que **deben considerarse integrados dentro de la expresión "un mismo asunto"**, a pesar de que tampoco nos cabe duda de que se trata de procedimientos distintos a los efectos de la aplicación de los derechos arancelarios.

8. En cambio, no creemos que la norma se pueda también entender referida a **otros procedimientos distintos**, de los cuales el procurador afirma haber comparecido en un número bastante significativo, 18, concretamente. Respecto de esos procedimientos debemos entender, al menos en línea de principio, que **existe completa autonomía y ello determina que no podamos considerarlos incluidos en la expresión "un mismo asunto, actuación o proceso"** a que se refiere la norma de constante referencia.

No obstante, no significa ello que necesariamente debe reconocerse al procurador recurrente el derecho a percibir una **retribución autónoma** por razón de la simple **personación en esos procedimientos** sino que creemos que **es preciso determinar cuál es, en cada caso, la razón de la comparecencia.** Cuando la misma se limite a dar efectividad a los efectos del concurso (solicitando la suspensión del procedimiento, por ejemplo) creemos que se trata de **una actuación debida que es consecuencia obligada de la designación en el concurso, razón por la que también los derechos devengados como consecuencia de ella deben considerarse afectados por el límite legal antes citado.** No así cuando la razón de la comparecencia obedezca a una razón distinta, independiente del reconocimiento de los efectos de la declaración del concurso.

9. Creemos, en cambio, que tiene razón el recurrente cuando afirma que **el límite legal debe entenderse referido exclusivamente a los derechos y que no incluye los suplidos, esto es, los gastos que el procurador se haya visto forzado a hacer por razón de su representación y por cuenta de la representada.** Esos gastos pesan sobre la masa y lo único que respecto a ellos ha hecho el procurador ha sido anticipar su pago, lo que significa que tiene derecho a reintegrarse del mismo con cargo a la masa hasta el límite del gasto efectivamente realizado.

Por consiguiente, **los gastos, anticipos o suplidos, como también se les denomina, no son derechos del procurador, esto es, honorarios, razón por la que no existe justificación alguna para que pueden ser computados al aplicar el límite de los 300.000 euros a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional única del R.D.-ley 5/2010, que únicamente se refiere a los derechos del procurador, esto es, a los honorarios correspondientes a su actuación en el proceso.**

CUARTO. 10. La **autorización judicial para sobrepasar el límite establecido** en el apartado 1 de la disposición adicional única del RD Ley 5/2010 **exige que concurren circunstancias extraordinarias que así lo justifiquen.** Por consiguiente, y como la propia norma expresa, la autorización es algo excepcional que únicamente se puede conceder cuando se acredite la concurrencia de circunstancias extraordinarias. Y tales circunstancias no pueden consistir en el simple hecho de que los derechos que hubiera

podido minutar el procurador fueran bastante superiores a los que refleja el límite legal, pues en tal caso la norma quedaría desprovista de contenido.

11. Para la correcta aplicación de la norma en examen creemos que hay que estar a su finalidad, que obedece a atemperar los derechos del procurador en supuestos en los que el sistema de cálculo que sigue el Arancel aplicable conduce a resultados desproporcionados, ya que ese cálculo no atiende al trabajo efectivamente realizado por el profesional en el procedimiento sino a circunstancias distintas, tales como la cuantía del procedimiento. Por ello estimamos que la única circunstancia que podemos tomar en consideración para apreciar la concurrencia de una situación excepcional o extraordinaria consiste en la que la propia norma expresa, esto es, si la retribución del procurador no se ha visto justamente satisfecha con la cantidad que expresa el límite legal. Por consiguiente, para que se autorice el levantamiento del límite lo que exige el propio legislador es que se acredite que esa cantidad de 300.000 euros no satisface plenamente la justa retribución a que tiene derecho el profesional por el trabajo desempeñado a lo largo del procedimiento.

Por consiguiente, hubiera sido preciso que el procurador hubiera demostrado la insuficiencia de esa retribución con datos concretos, esto es, con un cómputo de las horas efectivamente invertidas por él mismo o por el personal de su despacho en el asunto y un ajuste del precio abonado por ellas o que estima justo recibir. Nada de ello se ha realizado y ello no nos permite concluir que la cantidad expresada no sea justa retribución por el trabajo efectivamente realizado.

12. En lugar de ello, las únicas circunstancias a la que se hace referencia por parte del procurador en su recurso es que se han sustanciado un número bastante significativo de incidentes concursales, concretamente 67, y que ha debido contratar una persona más para afrontar la sobrecarga de trabajo que le ha reportado el asunto.

No podemos compartir con el recurrente que se trate de un número tan especialmente significativo que pueda determinar la concurrencia de circunstancias extraordinarias, particularmente cuando ni siquiera está acreditado que en la mayoría de ellos hubiera existido vista o una especial complejidad. El escaso número de recursos de apelación que de ellos han derivado, cinco, tampoco es un dato significativo que indique excepcionalidad, esto es, una carga de trabajo extraordinaria. Más bien indica todo lo contrario.

13. No podemos perder de vista que 300.000 euros es una cantidad muy elevada, particularmente cuando de lo que se trata es exclusivamente de retribuir servicios como los de procurador, que son servicios que no entrañan una particular complejidad. Sin minusvalorar su importancia para el buen orden del procedimiento, que no podemos negar, lo trascendente a estos efectos es que no es suficiente que el procedimiento pueda presentar cierta complejidad, porque ello ya se encuentra ínsito en un procedimiento de este tipo.

14. Y tampoco creemos que sea una circunstancia que, en el caso de ser cierta, resulte especialmente reveladora de haber debido soportar una sobrecarga de trabajo extraordinaria el hecho de que el despacho haya debido incorporar una persona nueva. Más bien lo que indica es precisamente lo contrario, es decir, que con solo una persona más ha podido soportar la carga de trabajo derivada de este procedimiento tan especial, además de la carga usual, debemos suponer.

QUINTO. 15. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado en parte el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto de 11 de Noviembre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para estimar la medida del porcentaje a añadir a la retribución básica del administrador concursal durante la fase común del art. 4.2 RD 1860/2004, con base en el cambio del régimen de intervención por el de suspensión y sustitución por la

administración concursal de las facultades de administración y disposición del deudor, deben ponderarse una diversidad de factores: lapso temporal hasta la apertura de la liquidación; número de trabajadores; continuidad, magnitud y calidad de la actividad que continúa desarrollándose; encargos pendientes; calidad en las decisiones coyunturales que ha de asumir la AC y responsabilidad consecuente.

El art. 9.3 RD 1860/2004 aclara que, para el **cálculo de la retribución** durante la fase de liquidación no se incluirá el incremento previsto en el artículo 4.2 LC, en caso de que hubiera sido aplicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La Agencia Tributaria recurre en apelación el auto que, finalizada la fase común del concurso de ELA. FÉR. S.A. y abierta la de liquidación, fija la retribución definitiva de la administración concursal (AC, unipersonal en este concurso) para la fase común en 235.148,48 € y, a partir de ella, la que se devengará durante la fase de liquidación, conforme a las reglas contenidas en el RD 1860/2004 (en lo sucesivo, el arancel).

2. Si bien el auto no explica la operación de cálculo efectuada que da como resultado la cuantía que establece como retribución para la fase común, no se discute (y es verificable a partir del escrito de la AC en el que proponía la retribución que consideraba pertinente) que responde a los siguientes parámetros de cálculo, de acuerdo con la norma reglamentaria que aprueba el arancel:

a) Acepta como base retributiva la cantidad propuesta de 151.708,69 €, por aplicación de los porcentajes establecidos en el arancel al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva resultante de los textos definitivos, de acuerdo con el art. 4.1 del arancel.

b) Aplica el incremento máximo del 50 % de dicha suma que permite el art. 4.2 del arancel, por haberse suspendido durante la fase común el ejercicio por la concursada de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa; y

c) Aplica un incremento del 5 % por apreciar el supuesto de previsible complejidad que prevé el apartado a) del art 6.1 del arancel (discrepancia superior al 25 % entre el pasivo relacionado en la solicitud del deudor y el reconocido definitivamente), o bien el previsto en el apartado e) del citado precepto (por haberse tramitado ante el juez del concurso un ERE afectante a más de 50 trabajadores).

Resultado de ello es la cuantía total de 235.148,48 € (151.70869 € + 75.854,35 € + 7.585,44 €) como retribución definitiva para la fase común.

Así mismo, y de acuerdo con el art. 9 del arancel, el auto fija la retribución para la fase de liquidación en el 10 % de aquella suma total durante los seis primeros meses (23.514,84 € mensuales), y el 5 % en los meses sucesivos.

3. La AEAT invoca el principio de proporcionalidad de la retribución respecto de la dificultad de las tareas que se realizan por la AC, de la complejidad del concurso y de la duración del procedimiento, en el que se basa el RD 1860/2004, para justificar la reducción de la retribución, con base en los siguientes argumentos:

a) No resulta procedente, por desproporcionado, el incremento máximo del 50 % que permite el art. 4.2 del arancel, con base en el cambio del régimen de intervención por el de suspensión y sustitución por la AC de las facultades de administración y disposición del deudor, y el auto tampoco lo motiva. No hay constancia de que este cambio fuera acordado en abril de 2012, sino cuando se abrió la fase de liquidación, en junio de ese año.

b) En todo caso, conforme al art. 9.3 del arancel, ese incremento no debe ser computado para el cálculo de la retribución durante la fase de liquidación.

c) A efectos del cálculo de la retribución debe tenerse en cuenta el valor que la AC otorga a determinados elementos de la masa activa en el plan de liquidación, por ser más ajustado a la realidad del mercado que el valor asignado en el inventario.

SEGUNDO. 4. La primera cuestión controvertida se plantea respecto del incremento del 50 % (de la cantidad resultante de aplicar los porcentajes del arancel a los valores de las masas activa y pasiva) que, hasta ese límite máximo, permite el art. 4.2 del arancel: *“Si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un 50 por 100 la cantidad que resulte por aplicación de lo establecido en el apartado anterior”*.

5. La AC informa y justifica que durante la fase común se vio obligada a solicitar al juez el cambio del régimen de intervención por el de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa y su sustitución por la AC, en atención a las graves irregularidades de gestión y actos perjudiciales para la masa que había detectado. Por auto de fecha 24 de abril de 2012 el juez del concurso acordó la suspensión cautelar, *inaudita parte*, del ejercicio de tales facultades por el órgano de administración de la concursada y su sustitución por la AC, medida que ratificó mediante auto posterior, tras dar audiencia a la concursada, de fecha 18 de mayo. El mes siguiente, por auto de 13 de junio, se abrió la fase de liquidación.

6. Acreditado lo anterior, la AEAT considera que el incremento por el máximo permitido del 50 % (75.854,35 € añadidos) es desproporcionado, ya que la labor realizada por la AC sustituyendo al órgano de administración de la concursada en las facultades de administración y disposición se habría mantenido un escaso período, apenas un mes y medio, desde el auto de 24 de abril de 2012 hasta el auto de apertura de la liquidación.

7. Es cierto que se trata de un corto lapso temporal durante la fase común, hasta que por disposición legal tiene lugar la sustitución del órgano de administración por la AC a causa de la apertura de la fase de liquidación. No obstante, **para apreciar la justa medida en la aplicación de la facultad discrecional del juez del concurso en orden a adicionar un porcentaje (hasta el 50 %) a la retribución básica durante la fase común, deben ponderarse otros factores, además del lapso temporal que transcurra hasta la apertura de la liquidación, como la envergadura de la empresa, número de trabajadores, la continuidad, magnitud y calidad de la actividad que continúa desarrollándose, los encargos pendientes cuya atención ha de asumir la AC y demás negocios que deban ser atendidos; factores que en la medida en que sean indicativos de un grado intenso de dedicación, de calidad en las decisiones coyunturales que ha de asumir la AC y en la responsabilidad consecuente, pueden justificar la aplicación de un prudente porcentaje de aumento al amparo de la norma.**

8. A estos efectos, **fundamentalmente en atención al escaso periodo que medió desde el cambio de régimen hasta la apertura de la liquidación, nos parece excesivo el incremento máximo del 50 %. No obstante, estimamos que no cabe descartar sin más la aplicación de un porcentaje intermedio.**

Han de ser valoradas a tal efecto las dificultades coyunturales y circunstancias de complejidad que pone de manifiesto la AC, y que se hicieron patentes en ese lapso temporal: la concursada llevaba a cabo obras públicas constructivas (Carril Bus-VAO, nudo viario de la carretera de Montcada, pasarela del Río Riu Sec de Montcada, nueva sede del Parlamento de Georgia) en un clima de conflictividad laboral; se detectó el desvío o traspaso de la actividad hacia nuevas empresas creadas por personas vinculadas y ha habido falta de colaboración por parte del órgano de administración de la concursada (así lo indica el auto del juzgado de 24 de abril de 2012); pese a ello se ha logrado la continuación de la actividad hasta la terminación de las obras en curso, evitándose penalizaciones, y se han abonado todos los salarios y el finiquito de los afectados por el ERE. Entendemos, en fin, que la AC

hubo de hacerse cargo de la gestión cotidiana en un contexto difícil y complejo, que justifica un prudente incremento del 10 %.

En consecuencia, a la cantidad base (151.708,69 €) debe adicionarse el indicado porcentaje (15.170,86 €), así como el 5 % que acoge el auto apelado por aplicación del art. 6.1 del arancel (7.585,43 €), lo que arroja un total de 174.465 € (salvo error de cálculo por nuestra parte).

9. En cuanto a la fase de liquidación, es correcta la objeción de la AEAT relativa a la base de cálculo pues el art. 9.3 del arancel es claro al especificar que, para el cálculo de la retribución durante la fase de liquidación (el 10 % de la retribución aprobada para la fase común), no se incluirá *“el incremento previsto en el artículo 4.2, en caso de que hubiera sido aplicado”*.

Por ello, la retribución durante los seis primeros consistirá en el 10 % de la cantidad de 159.294,12 € (151.708,69 € + 7.585,43 €), y en el 5 % los meses sucesivos.

TERCERO. 10. Por último, es claro así mismo el art. 4.2 del arancel al referir la aplicación de los correspondientes porcentajes al valor de la masa activa y de la masa pasiva que resulte de los textos definitivos de la lista de acreedores y del inventario. Al margen de que, a estos efectos, la sustitución de los valores del inventario definitivo por el valor –orientativo– asignado por la AC a los elementos de la masa activa en el plan de liquidación no cuenta con respaldo legal, entendemos que lo relevante es que **no hay constancia alguna de una sobrevaloración o exceso en el avalúo de los bienes y derechos en el inventario, por lo que la decisión pretendida por la apelante sería arbitraria.**

CUARTO. 11. Estimado en parte el recurso no cabe imponer las costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 61/2013, de 18 de Diciembre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Supuesto en el que la elevada retribución del AC venía determinada principalmente por el valor asignado a las participaciones sociales de sociedades del grupo, algunas en concurso.

El art. 34.4 LC, y el art. 12 del RD 1860/2004, permiten al juez del concurso que revise, incluso de oficio, y *en cualquier estado del procedimiento*, la retribución definitivamente fijada y, en consecuencia, reducirla (o bien aumentarla) aplicando el arancel, si concurre “justa causa”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El administrador concursal (AC) designado en el concurso voluntario de CON. TO., S.A. recurre en apelación el auto dictado el 15 de febrero de 2013 en el que, al amparo del art. 34.4 LC y 12 del RD 1860/2004, la Sra. Magistrada, por considerar que concurre “justa causa”, reduce la retribución que tras la presentación de los textos definitivos previamente fijó a propuesta del AC, en auto de fecha 26 de junio de 2012.

2. Los antecedentes son los siguientes:

A) Finalizada la fase común, el auto de 26 de junio de 2012 aceptó la propuesta de retribución que formuló el AC una vez presentados los textos definitivos, que calculó, conforme al art. 4.1, en relación con

el apartado 4, del RD 1860/2004 (el arancel reglamentario), sobre una masa activa valorada en 11.324.024 € y una masa pasiva por importe de 15.210.658 €, resultando, tras las correcciones pertinentes en aplicación del arancel, una retribución definitiva para la fase común de 78.195,34 €, de la que deriva la aplicable a la fase de liquidación.

B) El avalúo de la masa activa incluía el otorgado a las participaciones sociales titularidad de la sociedad concursada en otras sociedades del grupo, que el AC valoró, a efectos retributivos, entre 3.264.518,42 € y 4.092.449,28 €, tomando como referencia la media del intervalo (según precisó en su escrito de 8 de febrero de 2013), esto es (a tenor del cálculo que ha de realizar el auto apelado), en 3.678.483,85 €. Esta valoración, expresaba el inventario, se corresponde con el "valor neto contable" de tales participaciones, de acuerdo con la contabilidad de la concursada.

C) Con posterioridad al auto que fijaba la retribución definitiva, en noviembre de 2012, de acuerdo con el plan de liquidación, se celebró la subasta para la venta de tales participaciones sociales, siendo rechazada la oferta de 1.010 € que presentó una de las sociedades del grupo, por antieconómica. Fue acordada una nueva subasta, que quedó desierta.

D) En atención a tales circunstancias, por providencia de fecha 17 de enero de 2013, el juzgado planteó al AC la rectificación de la retribución definitiva, al amparo del art. 12 del arancel reglamentario, por considerar que había incurrido en un error evidente en la valoración de tales activos, al no guardar correspondencia el "valor neto contable" con el "valor de mercado". Por ello requería al AC para que modificara su propuesta de honorarios sin tener en cuenta el valor asignado al paquete de participaciones sociales.

E) Tras la oposición del AC, el auto apelado acordó rectificar la retribución definitiva para la fase común y, en consecuencia, para la de liquidación, excluyendo del activo el valor de las participaciones sociales. El resultado es la fijación de una retribución definitiva para la fase común de 48.546,42 €.

3. El auto modera la retribución, haciendo uso de la facultad que el art. 12 del RD 1860/2004 (y art. 34.4 LC) reconoce al juez del concurso, con base en los siguientes argumentos:

- a) las participaciones fueron valoradas por el AC conforme a su "valor neto contable", resultando patente en este caso que no coincide con el "valor de mercado", que es el criterio valorativo al que ordena atender el art. 82.3 LC;
- b) la diferencia entre el avalúo de la AC y el precio final ofertado (cero euros) es tan palmaria y grosera que pone de manifiesto el inicial error valorativo, máxime cuando el AC era consciente de la dificultad de vender este tipo de activos;
- c) no se trata de modificar *ex post* la retribución definitivamente fijada, por avatares posteriores, a la vista del valor obtenido por la liquidación de los bienes, sino de rectificar un error manifiesto inicial, a la hora de valorar esos activos.

4. El AC opone en su recurso los siguientes argumentos, en síntesis:

- a) una vez determinado el valor definitivo de la masa activa ya no puede variarse el cálculo de los honorarios en una fase posterior, aunque antes ha admitido que lo que aquí se plantea es si concurre "justa causa" para modificar los honorarios;
- b) si bien el art. 82.3 LC ordena a la AC valorar los bienes y derechos conforme al "valor de mercado", cuando no existe mercado debe acudir al "valor razonable", determinable de acuerdo con los criterios establecidos por las normas contables;
- c) en el momento de la subasta había sociedades participadas que no estaban en situación de concurso, y las participaciones en ellas estaban valoradas en 887.069 €, por lo que esta cantidad no debe ser excluida de la masa activa; otras sociedades estaban declaradas en concurso, pero todavía no se había solicitado o declarado la liquidación, ascendiendo el valor de estas participaciones a 3.188.179 €; sumado este valor al anterior resulta la cifra de 4.075.249 €, que no debe excluirse del cálculo de la retribución;

d) no cabe responsabilizar a la AC del resultado final de la liquidación, y el argumento real del juzgado no es que se haya hecho mal la valoración, sino que como no se ha obtenido un precio satisfactorio hay que deducir que la valoración fue incorrecta.

SEGUNDO. 5. El art. 34.4 LC, y el art. 12 del RD 1860/2004, permiten al juez del concurso que revise, incluso de oficio, y *en cualquier estado del procedimiento*, la retribución definitivamente fijada y, en consecuencia, reducirla (o bien aumentarla) aplicando el arancel, si concurre “justa causa”. Un supuesto citado *ad exemplum* por el art. 12 del arancel, que no agota el contenido de la “justa causa”, es cuando el juez acuerde el cambio de la situación de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición de deudor sobre la masa activa. En tal caso la rectificación de la retribución atiende al criterio de la proporcionalidad de la retribución en función del mayor o menor esfuerzo o dedicación de la AC, pero no cabe descartar otros supuestos determinantes de la justa causa, como los afectantes a los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los porcentajes establecidos a los valores de las masas activa y pasiva, en particular cuando se evidencie un error manifiesto de valoración, revelador de un incremento artificial o arbitrario de los bienes o derechos del concursado, aun cuando permanezca en el texto definitivo del inventario.

6. Entendemos que en este caso la revisión de la retribución, al amparo del precepto, está justificada por haberse evidenciado un manifiesto error de valoración que incrementó arbitrariamente la masa activa en 3.678.483 € (aceptando que el valor asignado a las participaciones fue el medio entre las dos cifras indicadas por el AC), casi la mitad de su valor total.

Es correcto sostener que el importe de la retribución no queda condicionado al precio final que se obtenga por la liquidación de los activos, como tampoco, en principio, si no se encuentra demanda. Pero hay supuestos excepcionales, y este nos parece uno de ellos, en los que el resultado de la liquidación puede evidenciar el error o el exceso en la valoración que figura en el inventario, en particular tratándose de bienes incorporales de volátil valor intrínseco o de muy difícil valoración, como son las acciones o participaciones sociales.

La determinación del valor de las participaciones sociales, si la sociedad de que se trata no cotiza en bolsa, resulta compleja y depende de múltiples factores que no han de reconducir, necesariamente, al valor contable que figure en el balance de la sociedad accionista o partícipe. Obvio es que una cosa es el valor contable, de ordinario coincidente con el valor o coste de adquisición (salvo que haya sido objeto de correcciones, de acuerdo con las normas contables) y otra el “valor de mercado”, que como indica el AC puede asimilarse al “valor razonable” cuando existe mercado que demanda ese tipo de activos.

Si no existe, como admite el AC, de modo que son activos de difícil enajenación, lo que nos parece arriesgado a los efectos de su inclusión en el inventario del concurso de la sociedad titular es hacer coincidir el avalúo con el valor neto contable, que en este caso (a falta de mayor información) parece que se identifica con el coste de adquisición, sin ninguna minoración en atención a la situación patrimonial y financiera de las sociedades participadas.

Entendemos que en situaciones como la presente el juez del concurso, a la hora de fijar la retribución provisional y la definitiva de la AC, aun percibiendo un alto grado de incertidumbre en cuanto al valor asignado a las participaciones sociales, pudiera aceptar esa valoración a la espera de datos proporcionados por el devenir de la liquidación y con la reserva que proporciona la facultad que prevén los arts. 34.4 LC y 12 RD 1860/2004. Los hechos ulteriores hacen realidad en este caso una sobrevaloración que, a buen seguro, tan sólo podría evidenciarse al llegar al escenario de la venta o subasta.

7. Lo cierto es que las participaciones fueron valoradas por el AC conforme a su valor neto contable (suponemos que coincidente con el coste de adquisición, pues ninguna información más se ha aportado por el AC), es decir, a partir del valor que figuraba en la contabilidad de la concursada, sin

corrección alguna tras un análisis de la situación financiera y patrimonial de las sociedades participadas.

No puede aceptarse que el “valor de mercado”, al que quedaba sujeto el AC a la hora de proceder al avalúo, tenga que identificarse con el valor contable, ni siquiera por la vía de asimilar el “valor de mercado” al “valor razonable” por aplicación de normas contables (el AC cita las reglas previstas por el ICAC en la “Norma técnica de auditoría sobre el valor razonable”; las normas del Plan General de Contabilidad para la determinación del “valor razonable” y el estudio del Banco de España sobre “Valoración de las acciones en las cuentas financieras”). Tales normas contables acerca del “valor razonable” podrán ser o serán aplicables a los efectos de valoración de activos en el balance cuando así proceda a tenor de la normativa contable o bien a los efectos de valorar las participaciones de un socio que deben ser adquiridas por la sociedad (supuestos de exclusión o separación del socio), pero **aceptar que el “valor razonable” de unas participaciones sociales de las que es titular la sociedad concursada es el “valor contable” según su propia contabilidad, y que este valor es, por tanto, el que debe atribuirse como “valor de mercado” a los efectos del art. 82.3 LC, supone un ejercicio de avalúo escasamente fiable, incluso ingenuo y en todo caso falto de rigor.** La estimación que ha de realizar la AC sobre el valor de los bienes y derechos que integran la masa activa es muy relevante para los intereses que confluyen en el concurso, en particular el de los acreedores, que podrán diagnosticar a partir del inventario y su valoración, sus posibilidades de cobro y en su caso la viabilidad del convenio, además de incidir en su expectativa de cobro por razón de la prededucción de los créditos contra la masa, entre ellos la retribución de la AC, para cuya fijación el parámetro más significado es el valor de la masa activa.

8. Coincidimos con el criterio del auto apelado teniendo en cuenta, especialmente, que el AC se limitó a acoger el valor contable sin mayores indagaciones sobre el valor razonable o el valor de mercado que pudieran tener las participaciones, parece que siguiendo a ciegas la normativa contable sobre la determinación, por defecto, del “valor razonable”, que según expone el AC, en ausencia de factores de determinación fiable, conducen al coste de adquisición. No tuvo en cuenta sin embargo la situación patrimonial y financiera de las sociedades participadas, cuando (lo expone en el recurso) varias de ellas estaban también en situación de concurso (aunque no hubieran solicitado la liquidación a la fecha de los textos definitivos), concretamente sociedades del grupo cuyas participaciones titularidad de la concursada fueron valoradas en 3.188.179 €. Y en cuanto al resto de las participaciones, como se ha dicho, tampoco se realizó verdaderamente un avalúo (para lo cual, en caso de complejidad, el art. 83 LC facultaba al AC para recabar el asesoramiento de expertos independientes), sino que se admitió el valor contable. El resultado (subasta desierta) ha evidenciado el manifiesto error y por ello procede confirmar la decisión de la Sra. Magistrada.

9. No hacemos imposición de costas porque admitimos dudas de hecho que pudieron llevar al AC, quizá por la inercia profesional, al seguimiento de las normas contables, a la hora de valorar como lo hizo, y en todo caso porque no tenemos datos certeros que evidencien que las participaciones no tuvieran algún valor significativo, no despreciable, a la fecha de los textos definitivos.

Capítulo 3.- Efectos del concurso.

Efectos sobre el deudor, los acreedores, los contratos, etc...

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 280/2012, de 25 de Julio de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Si se alega **mala fe del concursado** para invalidar la facultad del artículo 61.2 LC, que rebaja la sanción en las **arras** al 5% por incumplimiento del contrato, la parte que recurre debe acreditar la suficiente prueba de ello.

FONAMENTS DE DRET

1. La demanda incidental de la concursada ED., S.A. sol·licitava la resolució d'un seguit de contractes de compravenda amb arres penitencials, que havia subscrit amb els dotze demandats, sobre habitatges, places de pàrquing i trasters de la finca situada a Balaguer, carrer de sant Lluís 113-119. La concursada exposava la impossibilitat de complir el contracte i de lliurar les finques en el termini pactat, el 28 d'agost de 2008. Demanava, com a efectes de la resolució dels contractes, el reintegrament, amb càrrec a la massa del concurs, de les arres que van entregar els demandats, més la suma del 5% de l'import d'aquelles arres, en concepte d'indemnització, tot deixant sense efecte, en ús de la facultat prevista en l'article 61.2 de la Llei concursal (LC), la duplicació de les arres penitencials pactades, que preveia l'article 1454 del Codi civil.

2. Respecte d'alguns demandats, el litigi va finalitzar mitjançant acords entre les parts que van donar lloc a desistiments i a transaccions homologades pel jutjat, per la qual cosa, la sentència només ha afectat cinc dels demandats, els Srs. J.M.F.P, K.U.U., J.M.M.M., J.P.P., M.R.J.A. i O.V.P.

El Sr. magistrat exposa clarament, en la sentència impugnada, que tant la societat en concurs com l'administració concursal (en endavant, AC) accepten que existeix causa de resolució dels contractes. Pel que fa als compradors demandats, aquells que s'han oposat a la resolució no neguen que hi hagi causa ni s'oposen a la devolució de les quantitats entregades, amb càrrec a la massa. On falta l'acord explícit,

continua la sentència, és respecte de la determinació dels danys i perjudicis. L'efecte que ordinàriament derivaria del contracte signat el reconeix la mateixa demandant, la duplicació de les arres entregades. La reducció de la devolució al 5%, com demana la concursada, la considera raonable el jutge mercantil, atès que no s'ha proposat cap prova adreçada a acreditar el perjudici causat efectivament ni s'ha acreditat, per tant, que la duplicació de la suma entregada en concepte d'arres constitueixi el criteri indemnitzatori adequat.

3. Són tres els demandats que apel·len contra la decisió del jutjat: els Srs. J.P.P., M.R.J.A. i O.V.P.. Segons resulta de l'examen dels documents aportats amb la demanda incidental, les compravendes que havien subscrit i que són objecte de la resolució acordada en aquest incident tenien per objecte, en el cas dels Srs. P.P. i J.A., una plaça d'aparcament i un traster de l'aparcament soterrani de l'edifici en construcció de Balaguer, que compraven tots dos apel·lants, conjuntament, per un import total, IVA inclòs, de 19.280,19 euros. Van entregar, en subscriure les arres, 6.420 euros (document 13 de la demanda). En el cas del Sr. V.P., també va comprar una plaça de pàrquing i un traster, per import de 19.280,36 euros, suma que va pagar en aquell acte (document 14). No són objecte de l'incident, altres relacions que podrien vincular els apel·lants amb la concursada, segons podria desprendre's del recurs d'apel·lació, tot i l'escassa claredat de l'escrit en aquest punt.

4. Els motius d'apel·lació adduïts són els següents, segons el text literal del recurs:

- Qüestió prèvia. Invocació de l'article 43 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), perquè en el mateix jutjat mercantil se substancia el judici civil amb objecte d'anul·lar la divisió de la propietat horitzontal i l'acta de modificació de la responsabilitat hipotecària i terceria de domini, amb el número 850/2010.
- Primer. Infracció de l'article 7.1 u 2 del Codi civil: la mala fe manifesta de la concursada no pot ser objecte de la protecció formal de la LC.
- Segon. No és procedent la resolució contractual perquè l'incompliment de la concursada ha estat premeditat i fraudulent.
- Tercer. La part apel·lant ja ha instat diversos procediments penals en defensa dels seus interessos, els quals, si és procedent, també podran ser causa de suspensió ex article 40 LEC.

5. Pel que fa a l'anomenada qüestió prèvia, de suspensió d'aquest procediment incidental per prejudicialitat civil (article 43 LEC), cal començar dient que la petició dels demandats es planteja per primer cop en l'escrit de recurs d'apel·lació presentat davant el jutjat el 12 d'abril de 2011. No es va formular oportunament, abans de dictar-se sentència, malgrat que les actuacions que, segons s'al·lega, fonamentarien la suspensió per prejudicialitat són de 15 de novembre de 2010 i amb anterioritat ja eren conegudes per la part. La còpia de la demanda incidental que s'aporta com a document número 1 amb el recurs d'apel·lació té aquella data de 15 de novembre de 2011 i la signen, en nom dels aquí apel·lants, el procurador i el lletrat que els assisteixen en aquest mateix incident. La funció revisora del recurs d'apel·lació no s'adiu amb aquesta nova al·legació.

Però, en qualsevol cas, examinada la còpia de la demanda de l'altre judici, aportada amb el recurs, no apreciem que es doni la situació regulada per l'article 43 de la LEC (quan, per resoldre sobre l'objecte del litigi sigui necessari decidir sobre alguna qüestió que, a la vegada, constitueixi l'objecte principal d'un altre procés pendent davant el mateix o diferent tribunal civil, si no fos possible l'acumulació de les actuacions, el tribunal, a petició d'ambdues parts o d'una d'elles, oïda la contrària, podrà decretar la suspensió del curs de les actuacions, fins que finalitzi el procés que tingui per objecte la qüestió prejudicial). En l'altre judici, els avui apel·lants demanaven la cancel·lació, l'anul·lació i l'aixecament d'unes hipoteques que, segons deien, gravaven unes finques –no consta si les mateixes que van ser objecte de la compravenda que s'ha resolt en aquest incident. Per tant, **no s'ha justificat en absolut –i la càrrega de fer-ho pesava sobre la part- la vinculació entre ambdós judicis que hagi de determinar la suspensió d'aquest.**

6. Els motius primer i segon del recurs s'han d'examinar conjuntament perquè, en realitat, sostenen el mateix: **la mala fe de la concursada, que hauria actuat d'una manera premeditada i fraudulenta, impeditiva de la resolució, a criteri dels apel·lants. Ara bé, ni la mala fe es pot presumir ni és suficient al·legar-la, sense una prova suficient, que no s'aporta en el cas.**

El recurs, com abans la contestació a la demanda incidental, es limita a afirmar que els compradors havien d'haver tingut l'escriptura de compravenda en el seu moment, sense cap hipoteca. Que la

concurtsada ha incomplert el contracte de compravenda i no està en condicions d'entregar les finques –en el cas que ens ocupa, les dues places de pàrquing i els dos trasters- s'admet expressament en la demanda incidental: és, en realitat, el fet que la motiva. Quant a la hipoteca a la qual fa esment la part apel·lant, ni consten dades en aquest procediment ni de les actuacions es desprèn que tingui cap rellevància en els efectes de la resolució.

D'acord amb els termes en els quals es planteja el debat en el procediment en examen, la qüestió litigiosa queda circumscrita a la quantia de la indemnització que la concursada ha de satisfer als compradors. El jutge l'estableix en el 5% de la suma que aquests van entregar i raona que no s'ha acreditat un dany superior. Hem de ratificar-ho i recordar que la càrrega corresponent pesava sobre la part que ara recorre. Per tant, no es poden estimar els motius d'apel·lació examinats.

7. El tercer i últim motiu de recurs fa referència a l'existència de diversos procediments penals, instats pels recurrents en defensa dels seus interessos, els quals, si fos procedent –diu el recurs- també podrien ser causa de suspensió, conformement amb l'article 40 LEC.

El jutge mercantil ja va exposar en la sentència impugnada (fonament de dret 4) que no constava en les actuacions cap referència a la presentació efectiva d'una denúncia o d'una querella que pogués determinar la possible prejudicialitat penal.

És cert. L'article 40 LEC invocat en el recurs d'apel·lació, estableix que només s'ordenarà la suspensió de les actuacions del procés civil quan concorrin dues circumstàncies: 1) que s'acrediti l'existència de causa criminal en la qual s'investiguin, com a fets d'aparença delictiva, algun o alguns que fonamentin les pretensions de les parts en el procés civil, i 2) que la decisió del tribunal penal sobre el fet pel qual es procedeix en la causa criminal pugui tenir una influència decisiva en la resolució sobre l'assumpte civil.

Corresponia a la part que demana la suspensió per prejudicialitat penal acreditar la concurrència dels pressupòsits legals. No va aportar cap acreditació, com ja va dir el jutge mercantil i com ha de reiterar aquest tribunal. En conseqüència, s'ha de desestimar el motiu i el recurs.

8. La desestimació del recurs d'apel·lació determina que s'imposin les costes de la segona instància a la part apel·lant (articles 398.1 i 394.1 de la LEC, en relació amb l'article 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 404/2012, de 4 de Diciembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Si la concursada **no ha resuelto los contratos** se debe entender que éstos se mantuvieron vigentes tras la declaración de concurso (art.61 LC), debiendo atenderse con cargo a la masa las obligaciones a cargo de la concursada.

Si se cedió el contrato a un tercero, se debía acreditar, así como que la entidad suministradora aceptó la subrogación. Si no lo hace, el crédito de suministro debe incluirse en el concurso como **crédito contra la masa**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- END.ENE., S.A.U., ejerció acción resolutoria de los contratos de suministro de energía eléctrica concertados con la concursada C.A., S.L., solicitando se abonara con cargo a la masa la cantidad de 7.945,57 euros, de acuerdo con las facturas acompañadas como documentos dos a veinticinco.

Tanto la concursada como la administración concursal se allanaron a la pretensión resolutoria, si bien se opusieron al reconocimiento del crédito contra la masa. Según se relata en la contestación, declarado el concurso el 1 de octubre de 2009, la administración concursal solicitó autorización para la venta urgente de la unidad productiva, que se concedió por auto de fecha 16 de junio (documento uno de la contestación). Las

facturas guardan relación con locales que estaban arrendados y que se rescindieron, en unos casos, o con locales que permanecieron desocupados en los meses posteriores a la declaración, en otros. A continuación la parte demandada analiza la situación de cada uno de los locales, señalando al respecto:

- a) En cuanto al local de la Carretera de Barcelona 444, número tres, afirma que dio de baja el contador, comunicándolo a la demandante mediante fax el 22 de diciembre de 2009 (documento tres).
- b) El local sito en Terrassa, Carretera Martorell 39, núm. 3, estuvo arrendado hasta el 9 de febrero de 2011, intentándose “dar de baja el contrato con la actora y ésta no lo autorizó”.
- c) Por lo que se refiere al local de la c/ América núm. 5, local 16, de Terrassa, estuvo arrendado hasta el mes de enero de 2011, siendo nulo el consumo.
- d) Respecto al local de la c/ Vic 12, local 30, de Terrassa, la concursada promovió el desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia 2 de Terrassa, procediéndose al lanzamiento el 29 de abril de 2011. Las reclamaciones, al entender de la demandada, deben dirigirse al inquilino y no a la concursada.
- e) En cuanto al local de la Plaza Treball núm. 11, local 3, de Terrassa, tras ser arrendado, la inquilina devolvió las llaves del local el 1 de marzo de 2010 (documentos cinco y seis de la demanda).
- f) Por último, el local de la calle Pintor Velázquez s/n, local 10, de Viladecavalls, fue objeto de adjudicación a Doña J.M.G., por lo que las facturas deben reclamarse a la adjudicataria.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia declaró la resolución de los contratos de suministro, atendido el allanamiento de la demandada, pero rechazó el reconocimiento del crédito contra la masa por las facturas impagadas. Según se reseña en el fundamento de derecho tercero, los documentos aportados con la contestación constatan “o bien la transferencia de la unidad productiva a un tercero con asunción por el mismo de todas las circunstancias vinculadas a esa continuidad, o bien la expresa resolución del contrato con la entidad demandante”.

La parte actora recurre en apelación la sentencia, alegando **errónea valoración de la prueba**. Los documentos acompañados a la contestación, aduce el apelante, sólo prueban la baja de un contrato –el designado con el número 40026740854- que no es objeto de la demanda, contrato que se dio de baja y respecto del cual no se reclama ninguna factura. Ni se comunicó la resolución del resto de los contratos, ni se dieron de baja. Tampoco se notificó la cesión de los contratos a terceros para que operara, en su caso, la subrogación. Por todo ello interesa se revoque la sentencia, acordando el “pago inmediato” del crédito contra la masa invocado.

A tal pretensión se opone la demandada, que reitera los argumentos del escrito de contestación.

TERCERO.- Planteados los términos del debate, los documentos aportados con la contestación acreditan que el 22 de diciembre de 2012 se solicitó fehacientemente la baja del contrato de suministro del local de la Carretera 444, núm. 3 de Sabadell (documento tres). La actora admite dicho extremo, si bien alega que la baja va referida a un contrato distinto. Sin embargo, la comunicación, aunque reseña erróneamente el número de la póliza, indica claramente el local afectado por la baja. En cualquier caso, **las dos facturas vinculadas a dicho contrato** (documentos uno y dos de la demanda), **son anteriores a que se comunicara la baja** –del 16 de octubre y del 24 de noviembre de 2009- **y comprenden consumos también anteriores**.

Por lo demás, **la demandada no acredita que notificara la resolución de los contratos de arrendamiento ni que diera de baja los suministros de los locales arrendados**. Tampoco consta, en absoluto, que comunicara la venta del único local adjudicado por auto de fecha 16 de julio –el denominado CAN TRIAS- a Doña J.M.G.

Por todo ello debe estimarse íntegramente el recurso. **La demandada no cuestiona que las facturas sean de fecha posterior a la demanda y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley Concursal, que el crédito lo sea contra la masa. Al no constar que C.A. resolviera los contratos, ha de entenderse que éstos se mantuvieron vigentes tras la declaración de concurso (artículo 61), debiendo atenderse con cargo a la masa las obligaciones a cargo de la concursada**. Obviamente, a la demanda incumbía la carga de acreditar que cedió a un tercero el contrato y que la entidad suministradora aceptó la subrogación, cosa que no ha hecho. En consecuencia, **sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan ejercitarse frente a los terceros, el crédito de la demandante debe**

incluirse en el concurso como crédito contra la masa, abonándose conforme a las reglas que disciplinan el pago de esa clase de créditos.

Atendida la íntegra estimación de la demanda, las costas de primera instancia deberán atenderse también con cargo a la masa, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Estimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer condena en costas de esta alzada.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 66/2013, de 15 de Mayo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para decidir la cuestión de la **resolución del contrato en interés del concurso**, el art. 61.2 LC conduce a los trámites del incidente concursal si no existe conformidad entre las partes y la AC. La ausencia del trámite previo de conformidad es razón para inadmitir la demanda.

Por otro lado, la sociedad concursada sometida al **régimen de intervención**, le es de aplicación la limitación a la capacidad procesal del art. 54.2 LC, por la que el deudor conserva la capacidad para actuar en juicio pero necesita la **conformidad de la administración concursal** para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La concursada LUX., S.L. recurre en apelación el auto dictado por el juez del concurso que, al amparo del art. 194.2 LC, inadmite a trámite la demanda incidental en la que aquélla pretende la resolución del contrato de compraventa de finca suscrito el 14 de junio de 2007 con el vendedor Sr. R.S.R., la restitución de las prestaciones, la exclusión de la masa activa de la finca objeto del contrato y la exclusión de la masa pasiva del crédito concursal reconocido a favor del vendedor, de conformidad con el art. 61.2 LC (*resolución en interés del concurso*).

2. La razón de la inadmisión, que el juez consideró amparada por el juicio inicial de *pertinencia* o de *entidad* de la cuestión que impone el citado art. 194.2 LC, radica, en definitiva, en la falta de cobertura jurídica de la pretensión resolutoria: el auto considera que al referido contrato no le resulta aplicable el art. 61.2 LC pues no se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, sino sólo para la concursada (que ha de pagar una parte del precio), por lo que no cabe su resolución en interés del concurso (art. 61.2 LC) sino el tratamiento que prevé el art. 61.1 LC, observado por la administración concursal (AC) a la hora de confeccionar el inventario y la lista de acreedores.

3. La concursada alega en su recurso que las cuestiones planteadas son pertinentes y poseen entidad para ser enjuiciadas mediante el incidente concursal; alega que la norma (art. 194.2 LC) no permite al juez un control sobre el fondo del derecho ejercitado en la demanda, y argumenta que en cualquier caso existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes ya que el vendedor no hizo entrega de la finca, y la concursada no ha pagado la totalidad del precio.

4. La AC se opuso al recurso manifestando su conformidad con la decisión judicial. Sostiene igualmente la inaplicabilidad del art. 61.2 LC, que daría cobertura a la pretensión principal (de la que las demás son consecuencia), pues no se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento

tanto a cargo de la concursada (compradora) como de la otra parte (vendedor), sino tan sólo a cargo de la concursada (pagar el resto del precio y otorgar la escritura pública, a lo que ha sido condenada por sentencia firme dictada por el Juzgado de Cervera, como relata la demanda), no existiendo obligaciones pendientes a cargo del vendedor ya que la finca fue entregada y por ello ha sido incluida en la masa activa, y el crédito del vendedor por el resto del precio reconocido como crédito concursal.

5. El art. 194.2 LC contiene una regla especial que regula el trámite judicial de admisión de la demanda incidental: *“si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión (...)”*.

El juez del concurso, por tanto, debe examinar de oficio el fondo de la pretensión planteada por la vía procesal del incidente concursal, mediante un juicio de *pertinencia* y otro, añadido, de *entidad jurídica* de la cuestión para calibrar si merece su tratamiento y discusión en un procedimiento contradictorio como es el incidente concursal.

6. En principio, la pretensión planteada por la concursada superaría esta segunda vertiente del control judicial inicial (el juicio de *entidad jurídica*), ya que el art. 61.2 LC conduce a los trámites del incidente concursal para decidir la cuestión de la resolución del contrato en interés del concurso si no existe conformidad entre las partes y la AC.

No obstante, no consta que se haya intentado el trámite previo que la norma impone para que pueda ser admitido el incidente: la concursada (en caso de intervención de sus facultades de administración y disposición) debe plantear la pretensión ante el juez del concurso y el secretario judicial citará a una comparecencia ante el juez a las partes contratantes y a la AC a fin de ser oídas sobre la resolución y sus efectos; sólo en otro caso la LC remite al incidente concursal para solventar las diferencias.

Este trámite previo no se ha cumplido (por lo menos, en la demanda no se dice que se haya cumplido), y su ausencia es una primera razón para inadmitir la demanda.

7. De otro lado, el contenido y alcance del juicio de *pertinencia* de la pretensión, para que sea susceptible de ser discutida y decidida en un incidente concursal, comprende sin duda un análisis del derecho y la petición que se hace valer para comprobar que merece su tratamiento en el seno del proceso concursal, por plantear una cuestión estrechamente relacionada con el interés del concurso en sus diferentes aspectos, y que temporalmente, en atención a sus trámites y estado, se formula en un momento adecuado, sin estar afectada por la preclusión, y, además, que cuenta con un soporte jurídico-concursal que en principio le presta cobertura.

La cuestión que aquí se plantea es hasta qué punto la norma autoriza al juez del concurso para repeler de plano la demanda como resultado de un análisis jurídico de su prosperabilidad o probabilidad de éxito de conformidad con el derecho aplicable, si es que el precepto le faculta en alguna medida para ello.

8. Lo cierto es que el art. 194.2 LC no impone expresamente al juez del concurso un examen de la *apariencia de buen derecho* de la pretensión ejercitada (concepto jurídico que es empleado y definido por la ley en otras vías o instrumentos procesales de tutela jurídica) o, sin utilizar ese concepto, sobre la probabilidad de éxito de la pretensión, en función de la cobertura jurídica que invoque o pueda ofrecer el demandante, como requisito para la admisión de la demanda.

El control de *pertinencia*, referido a la cuestión planteada en la demanda incidental, implica necesariamente un examen del fondo del derecho accionado, pero no a los efectos de comprobar un sólido fundamento o una mayor o menor conformidad con el derecho de lo que se pide, con fines de fundar un pronóstico de éxito, sino a otros efectos. Estimamos que el nivel de fundamento del derecho ejercitado no queda amparado por el control inicial que impone dicho precepto, sin perjuicio de que pueda

acudirse al art. 11.2 LOPJ para rechazar de plano aquellas demandas incidentales que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El art. 194.2 LC debe ser interpretado conforme al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, otorgando a quien pretenda el efecto práctico de una norma jurídica habilitante la oportunidad de litigar contra las partes que mantengan una postura impeditiva o contraria, sin coartar el acceso al proceso por un juicio apriorístico sobre el mayor o menor fundamento jurídico de la pretensión, a menos que manifiestamente carezca de fundamento legal, o constituya una pretensión absurda, o ejercitada con abuso de derecho o en fraude de ley o procesal.

No es este el caso, pues existe un aparente amparo en el art. 61.2 LC, aunque los argumentos del auto apelado y de la AC sean ciertamente acertados a la vista de la ejecución del contrato, de la sentencia dictada por el Juzgado de Cervera y de la inclusión en la masa activa de la finca objeto del contrato.

En atención a lo que se caba de exponer, **podría admitirse que el auto apelado ha desbordado el control de admisión que autoriza el art 194.2 LC.**

9. Ahora bien; no se trata de una demanda de impugnación del inventario o de la lista de acreedores, sino de una demanda de resolución contractual que requiere el examen del interés del concurso y que afecta a un tercero, la otra parte contratante, que deberá ser demandado, de modo que existe el riesgo de cargar a la masa las costas causadas por la comparecencia y defensa de ese tercero si la pretensión es desestimada.

Entendemos que en el presente caso (en el que suponemos que la concursada está sometida al régimen de intervención y no de suspensión) rige la limitación a la capacidad procesal que establece el art. 54.2 LC, a tenor del cual el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio pero necesitará la conformidad de la administración concursal para *interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio.*

10. En consecuencia, procederá en su caso admitir la demanda incidental una vez se haya cumplimentado el trámite previo que requiere el art 61.2 LC y, en caso de que no haya acuerdo, conste la autorización de la AC para interponer la demanda.

11. La solución adoptada supone una estimación en parte del recurso, por lo que no cabe la imposición de costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 267/2013, de 26 de Junio de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Cuando se cuestiona la validez de un acto de fecha posterior a la declaración de concurso es aplicable ni el 71 LC sino el 40 y ss. LC, que regulan los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, y de los artículos 49 y ss. LC, reguladoras de los efectos sobre los acreedores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este juicio incidental, la administración concursal de DEN. CON., S.A. (en adelante, AC), demandó a CAIXA D'ESTALVIS P. (actualmente, BANCO M.N., S.A.) y a la concursada, en ejercicio de la acción de rescisión concursal, con invocación del artículo 71 de la Ley concursal (LC).

Impugnó concretamente dos operaciones:

1) La de 14 de marzo de 2011, por la que BANCO M.N. cargó la suma de 311.587,62 euros en la cuenta de la concursada en esa entidad bancaria número XXX262.7.

2) La de 24 de mayo de 2011, por la que BANCO M.N. cargó en la misma cuenta de la concursada la suma de 177.838,58 euros.

2. El juzgado, que había declarado el concurso de DEN. CON., S.A. el 14 de marzo de 2011, desestima la demanda de rescisión en lo que atañe a la primera suma (1), porque considera demostrado que el vencimiento de los pagos fue en fecha 10 de marzo de 2011 y el cargo se hizo el mismo día de la declaración de concurso. El juez argumenta que "no se puede hablar de acto posterior a la declaración, por lo que no puede prosperar la rescisión solicitada, ya que la causa de la misma es su carácter posterior como presunción de perjuicio a la masa activa". Esta decisión no ha sido objeto de apelación.

La sentencia del juzgado estima la rescisión respecto del segundo cargo (2), de 24 de mayo de 2011. El juez parte del hecho no discutido de que el cargo –y el vencimiento contractual correspondiente, de 10 de mayo de 2011- es de fecha posterior al concurso y concluye que, "tratándose de una relación jurídica con garantía pignoratícia, es decir, garantía real, y cuyos vencimientos son posteriores a la declaración de concurso, y cuyos pagos se efectuaron con posterioridad, nos hallamos ante la presunción de perjuicio del art. 71.3.3 LC, por lo que es rescindible el acto".

3. Contra la decisión estimatoria de la rescisión recurre en apelación BANCO M.N.. Formula las alegaciones que titula así:

1. De los presupuestos de la acción rescisoria ex artículo 71 LC.

2. De la errónea interpretación del artículo 71.3.3º.

3. De la falta de observancia del conjunto global de las operaciones concedidas.

4. De la falta de pronunciamiento sobre la aplicación del RDL 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

4. En el primer motivo de recurso, BANCO M.N. comienza por transcribir el artículo 71.1 LC y observar que establece de manera inequívoca el presupuesto temporal de que el acto se encuadre dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso. Añade que no entiende que el juzgado, tras considerar acreditado que el cargo se hizo después de la declaración de concurso, rescinda el acto con fundamento en el artículo 71 LC.

Tampoco este tribunal acierta a entender el razonamiento por el que se estima la rescisión de la segunda operación -ni aquel por el que se desestima la rescisión de la primera-. Efectivamente, el artículo 71.1 LC establece: "*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*" Se trata, como dice la Exposición de motivos de la LC (III) del tratamiento que da la ley "*al difícil tema de los efectos de la declaración del concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta.*"

Cuando nos hallamos en supuestos como el de autos, en que lo que se cuestiona es un acto de fecha posterior a la declaración de concurso (más de dos meses posterior), no resulta de aplicación el artículo 71 LC, sino las normas de los artículos 40 y ss. LC, que regulan los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor, y de los artículos 49 y ss. de la LC, reguladoras de los efectos sobre los acreedores. Cabe citar el artículo 40.1, conforme al cual, "*[e]n caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores*

concursoales, mediante su autorización o conformidad" y el artículo 40.7: "Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado."

De acuerdo con los preceptos citados, la entidad bancaria debería haber atendido el requerimiento que le dirigió la AC para que reintegrara el importe cargado en la cuenta. Sin embargo, la acción de reintegración del artículo 71 LC no es la vía adecuada para lo pretendido por la AC. Por ello, debe acogerse la primera de las alegaciones del recurso y estimar éste, sin examinar los restantes motivos, atinentes al fondo.

5. Estimado el recurso de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC). Tampoco se imponen las costas de la primera instancia, atendidas las dudas que pudo generar la desatención del requerimiento de la AC por parte de la entidad bancaria (artículo 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 360 / 2013, de 16 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: La facultad resolutoria de un contrato de arrendamiento en interés de concurso (61.2 LC), no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario de prórroga forzosa (64 LAU), debido a su función social y de utilidad pública.

El interés del concurso es un concepto jurídico indeterminado por el que se viene entendiendo la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores. La mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.

Notas: Invoca doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la prórroga forzosa en su STC 89/1994.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La concursada REST., S.L. y la administración concursal (AC) interesaron en su demanda, al amparo del párrafo segundo del art. 61.2 LC, la resolución "en interés del concurso" de un contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 5 de mayo de 1971 y sujeto al régimen de prórroga forzosa, en el que la concursada, propietaria del inmueble, es arrendadora y el Sr. M.J.G. arrendatario, que ha venido cumpliendo sus obligaciones de forma puntual.

La sentencia estimó la demanda, declaró resuelto el contrato y condenó al arrendatario a desalojar el local con apercibimiento de lanzamiento. Por lo que respecta a la indemnización procedente a favor del arrendatario, a abonar como crédito contra la masa, la sentencia difirió la cuantificación a un incidente posterior que debía instar el arrendatario (de acuerdo con el auto aclaratorio del fallo).

2. Los hechos y actos básicos incontrovertidos, en los que incide la pretensión resolutoria, son los siguientes.

La concursada REST., S.L. dedicada al tráfico inmobiliario y a la construcción y rehabilitación de inmuebles, es propietaria del edificio sito en la Plaza Puerta del Sol nº 9 de Madrid, que adquirió de Caja de Ahorros Vizcaína en marzo de 2004, subrogándose en diversos contratos de arrendamiento

preexistentes. Entre ellos el suscrito el 5 de mayo de 1971 con el Sr. M.J.G. sobre el local comercial "tienda segunda izquierda", en el que el arrendatario viene explotando un negocio de hostelería.

El contrato de arrendamiento está sujeto al régimen de prórroga forzosa (art. 57 del TRLAU de 1964, de acuerdo con la disposición transitoria tercera de la LAU 29/1994), y el arrendatario paga con regularidad la renta convenida (actualizable cada cuatro años en el 10 % sobre la renta abonada), que asciende en la actualidad a 3.186,97 € mensuales.

3. La concursada y la AC expusieron los motivos conducentes a la estimación de la pretensión resolutoria en interés del concurso, en síntesis:

La renta que actualmente abona el arrendatario está fuera del mercado; por un local de similares características podría obtenerse una renta mensual de 43.312 € (según los cálculos de la concursada); en consecuencia el mantenimiento del contrato en tales términos económicos resulta perjudicial para el interés del concurso.

El interés en la resolución del contrato se justifica así mismo por la potencialidad del proyecto de rehabilitación integral que REST., S.L. tiene previsto ejecutar en el edificio (documento 7), y en cuyo proceso de implementación se ha encontrado con trabas por parte de los inquilinos, ya que para la realización de los trabajos es conveniente y en algunos casos necesario que éstos faciliten la entrada en los locales, en particular por parte del demandado, que no ha dado facilidades.

Señalaba la demanda que si bien la licencia administrativa para la ejecución del proyecto estaba formalmente caducada, REST., S.L. confía en la rehabilitación del expediente de concesión de licencia y en todo caso cabe la posibilidad de una nueva solicitud, de modo que las obras puedan iniciarse en el primer trimestre de 2013 y concluirse en veinte meses.

En su escrito de oposición al recurso la AC manifiesta, en apoyo de la viabilidad del proyecto, que desde abril de 2012 se están llevando a cabo trabajos de restauración de las dos fachadas del edificio y de la cornisa, y aporta solicitud de licencia de obras formalizada el 21 de octubre de 2011, notificación de su concesión el 21 de febrero de 2012, acta de inicio de obras de 20 de marzo de 2012 e informe del arquitecto encargado de la dirección de obra.

La demanda planteaba dos escenarios de comercialización a resultas de la ejecución del proyecto que redundarán en el mayor beneficio para la masa, una vez libre de arrendatarios el edificio: a) la comercialización individualizada de locales y viviendas; o b) la comercialización del edificio rehabilitado en bloque, incluyendo la posibilidad de que REST., S.L. conserve la propiedad de algunas entidades para proceder a su alquiler, exponiendo en cada caso los ingresos que podría obtener.

En suma -concluía- la recuperación de la posesión del local, por la vía de la resolución en interés del concurso, permitiría multiplicar el beneficio económico que el contrato reporta actualmente a REST., S.L..

De otro lado -como recoge la sentencia- la concursada ha presentado una propuesta anticipada de convenio, admitida a trámite, en la que uno de los parámetros de viabilidad es la ejecución del mencionado proyecto.

En cuanto a la indemnización que corresponde al arrendatario, la demanda indicaba que su cuantificación deberá realizarse en fase de ejecución de la sentencia, conforme al art 712 LEC.

SEGUNDO. 4. La sentencia, tras confirmar que se trata de un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, siendo aplicable por tanto el art. 61.2 LC, razona que este precepto habilita para la resolución de un contrato de esta naturaleza, que se viene cumpliendo por ambas partes, *"acreditando que hay un interés superior al de los contratantes -el interés del concurso- que facilita la resolución con la consecuencia de que la indemnización que correspondería por la resolución anticipada se convierte en un crédito contra la masa"*. Entiende que lo trascendente en el

caso es evaluar si realmente la resolución del contrato de arrendamiento supone un beneficio para el concurso, que pondera a partir de los datos aportados por la demandante (ya expuestos) y finalmente concluye que, aun cuando fracasara el convenio propuesto, *“la disposición para la masa activa del concurso de un local en el centro de Madrid sin arrendatarios determinará un precio de realización superior –rehabilitado o no el edificio– que la venta de esa misma unidad con un arrendatario sometido a la LAU de 1964”*.

En cuanto a la indemnización, como se ha dicho, posterga su cuantificación a un proceso posterior que deberá ser promovido por el arrendatario en el plazo de diez días.

5. El recurso del arrendatario Sr. M.J.G. expone un conjunto de argumentos impugnatorios que sistematizamos de la siguiente manera:

A) Improcedencia de que el contrato de arrendamiento sujeto a prórroga forzosa, cuando el arrendatario viene cumpliendo regularmente sus obligaciones, quede sometido al régimen de resolución en interés del concurso que establece el art. 61.2 LC; entre las causas de resolución del contrato de arrendamiento previstas en el art. 114 LAU de 1964, que la LC no ha modificado, no se encuentra la de resolución en beneficio de la propiedad declarada en concurso; el arrendatario cuenta con un derecho adquirido y, además, el arrendamiento de inmuebles no queda sometido al art. 61.2, sino al 61.1 LC.

B) Irretroactividad del art. 61.2 LC: este precepto no puede dejar sin efecto derechos reconocidos por leyes vigentes que no han sido expresamente derogadas; y aunque lo fueran, dichos efectos sólo podrían producirse respecto de los contratos posteriores a la entrada en vigor de la LC.

C) De accederse a la resolución, se produciría un enriquecimiento injusto para REST., S.L., pues adquirió el edificio en 2004 con los contratos de arrendamiento, sujetos a prórroga forzosa y a “renta antigua”, en vigor, de modo que pagó por el inmueble un precio muy inferior al que habría tenido que pagar de no existir esos contratos locaticios; ahora, mediante esta acción, obtendría un enriquecimiento injusto al pretender resolver esos contratos para adquirir un valor patrimonial superior.

D) Fraude procesal, abuso de derecho y ejercicio del derecho contra la buena fe: se acude al concurso para resolver un contrato sujeto a prórroga forzosa y renta antigua sin existir causa legal de resolución.

E) Error en la valoración de la prueba al apreciar el juez el interés del concurso: el proyecto que se aporta como documento 7 es un informe interno de la empresa, no es definitivo, no cuenta con las correspondientes licencias ni con la necesaria financiación; las obras podrían hacerse respetando los derechos arrendaticios de los inquilinos en los términos previstos en la LAU de 1964; no se ha tenido en cuenta el perjuicio que la resolución causa al arrendatario.

Apreciación del tribunal

TERCERO. *Los límites de la facultad resolutoria en interés del concurso*

6. El litigio, en función de los términos que configuran el debate procesal, plantea una cuestión jurídica relevante, cual es la de **determinar si la facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC, determinada por el “interés del concurso”, alcanza a todo tipo de contratos que permanecen en vigor tras la declaración del concurso con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, superponiendo así y en todo caso el interés del concurso frente a cualesquiera relaciones jurídicas incluidas en el ámbito de aplicación de la norma; o si esta facultad tiene límites, de tal modo que deba ceder en supuestos en los que la posición jurídica de la contraparte se encuentre protegida por la Ley, concretamente en relación con los arrendamientos de viviendas o locales sujetos al régimen de prórroga forzosa reconocido por la LAU de 1964 que, tras las modificaciones operadas en la normativa arrendaticia, sigue en vigor como régimen tuitivo en beneficio del arrendatario.**

7. Es cierto que el precepto concursal concede la facultad resolutoria, al margen del régimen general basado en el incumplimiento (art. 1124 CC), con aparente amplitud, sin concretas salvedades o excepciones, facilitando la interpretación de que el criterio legal que habilita la resolución, el “interés del concurso”, prevalece en todo caso, sin importar la posición o prerrogativas legales reconocidas a la contraparte.

El interés del concurso presupone un conflicto entre el interés *particular* de los contratantes (el concursado y el tercero contratante, en una concreta relación) y un interés superior, representado por una colectividad (los acreedores que concurren, sometidos en régimen de universalidad, al procedimiento concursal), y en esa situación la LC otorga prevalencia a este último por considerarlo un interés de superior rango que, en esa colisión, debe prevalecer y justifica el sacrificio individual de la contraparte contractual (supuesto que ha venido cumpliendo el contrato de obligaciones recíprocas).

El interés del concurso, se ha repetido, es un concepto jurídico indeterminado, pues la LC no lo define. La doctrina y los órganos mercantiles vienen entendiendo por “interés del concurso”, en términos generales y en última instancia, la búsqueda del mayor grado de satisfacción general de los acreedores, es decir, cuando con la resolución del contrato se logre un mayor grado de satisfacción de los acreedores que con su mantenimiento; la mayor satisfacción de los acreedores se vincula con la preservación y maximización del valor del patrimonio concursal como medio de alcanzar el fin primordial de la mayor atención o pago a los acreedores.

8. En este caso, el “interés del concurso” se justifica porque se trata de un contrato que, por razón de la legislación protectora de los arrendatarios de fincas urbanas, proporciona a la propiedad (la concursada) unas rentas muy inferiores a las de mercado, que podría obtener mediante un arriendo sometido a la Ley arrendaticia vigente una vez conseguida la liberación del régimen de prórroga forzosa, como podría obtener así mismo un valor de enajenación muy superior al que obtendría de vender el inmueble con un arrendatario (o varios) amparados por la prórroga forzosa y por un régimen de rentas no acordes con las que actualmente se pagan en el mercado, con o sin rehabilitación del inmueble (como indica la sentencia).

En este sentido, la AC señala en su escrito de oposición al recurso que “el interés concursal se materializa en la posibilidad de obtener un mayor rendimiento al edificio libre de arrendatarios, o con arrendamientos actualizados a valor de mercado” y que “lo que produce la resolución es la posibilidad para la concursada de aumentar el rendimiento que se pueda obtener del mismo, lo cual redundaría en beneficio de la masa del concurso”.

Ciertamente, no cabe duda de que es así; mediante la destrucción de la posición jurídica del arrendatario que goza del derecho a la prórroga forzosa la masa podrá lograr un rendimiento muy superior al actual y un valor de realización (ya sea en el escenario de convenio o en el de la liquidación) también muy superior al que se obtendría de enajenar el inmueble con arrendatarios beneficiarios de la prórroga forzosa.

9. El art. 61.2 LC concede así, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la “conveniencia al interés del concurso”.

Ahora bien; se proyecta en este caso sobre una relación jurídica de arrendamiento de local de negocio que el arrendador no puede dar por terminada por su mera voluntad, si no es con el consentimiento del arrendatario, pues el contrato “se prorrogará obligatoriamente para el arrendador”, aun cuando un tercero le suceda en sus derechos u obligaciones (art. 57 LAU de 1964), sólo con las excepciones que la propia LAU establece (arts. 56 y siguientes y 70 y siguientes), revistiendo por ello el carácter de contrato prácticamente vitalicio, y sin perjuicio de que puedan tener lugar subrogaciones al fallecimiento del arrendatario (arts. 59, 60 y concordantes de la LAU de 1964), y en

principio sujeto sólo a las causas de resolución previstas en la legislación especial (art. 114 LAU de 1964) que, es cierto, no han sido expresamente modificadas por la LC.

Esta legislación especial tiene carácter tuitivo, concede beneficios a los arrendatarios que son irrenunciables, en particular el de la prórroga forzosa (incluidos los arrendatarios de locales de negocio; art 6.3 LAU de 1964), y, por lo menos en lo que respecta al régimen de prórroga forzosa, ha sido dictada por razones de utilidad pública e interés social.

Se produce por tanto, no ya una colisión de normas, sino una colisión de derechos, pero de tal magnitud que –estimamos- desborda la inicial previsión del legislador concursal a la hora de configurar la facultad resolutoria del art. 61.2 LC y el escenario que podría representarse en la pugna entre un interés *individual* (del contratante o contratantes) y un interés *colectivo* (del concurso, o en última instancia de los acreedores).

10. La STC 89/1994, de 17 de marzo, examina (y termina por confirmar) la **constitucionalidad del régimen de prórroga forzosa** y, a estos efectos, atiende a su fundamento y finalidad. Establece esta STC la siguiente doctrina:

<<Este Tribunal ha declarado (STC 37/1987) que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de derechos y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la *función social*, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como *parte integrante del derecho mismo*. *Utilidad individual* y *función social* definen, por tanto inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Ello supone que la incorporación de *exigencias sociales* al contenido del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados en la misma Constitución (así arts. 40.1, 45.2, 128.1 y 130.1 entre otros). Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.

Incumbe así al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales. Y esa competencia se extiende también a la materia de arrendamientos urbanos, como este Tribunal ha tenido ya oportunidad de afirmar (...).

De lo expuesto resulta que no es la prórroga forzosa *per se* el origen de una pérdida esencial, o vaciamiento, de la utilidad económica del bien arrendado (...); ello no significa que la prórroga forzosa convierta en inexistente o puramente nominal, el derecho de propiedad del arrendador. Supone, ciertamente, una restricción o limitación de este derecho, en cuanto dificulta que la merced arrendaticia se adecue con total fidelidad a la evolución del mercado de arrendamientos. Pero esa dificultad, y consiguiente limitación, no puede considerarse una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible. ***Esa limitación derivada de la prórroga forzosa, queda dentro de las facultades del legislador y queda justificada en virtud de la función social que a la propiedad atribuye el art. 33 de la Constitución.***

La historia de la regulación de los arrendamientos urbanos muestra efectivamente que la introducción de la prórroga forzosa, entre otras medidas, respondía a una *finalidad tuitiva* de intereses que se consideraban necesitados de una especial protección, concretamente la de los arrendatarios ante la situación del mercado inmobiliario; ello se verifica incluso en las mismas Exposiciones de Motivos de las leyes reguladoras de este tipo de arrendamientos (así, en la de la Ley de Bases de 22 diciembre 1955).

(...) Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. **Responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria**, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado. Y debe señalarse que un razonamiento similar puede llevarse a cabo respecto del arrendamiento de *locales de negocio*, en cuanto que la prórroga forzosa representa un favorecimiento, por el legislador, del mantenimiento de empresas o actividades económicas ya establecidas, atendiendo a consideraciones de apoyo a la producción y al empleo, respaldadas por los mandatos de los arts. 35, 38 y 40 de la Constitución. (...).

Pero además, tampoco cabe estimar correcto el alegato de que ha desaparecido en la actualidad la originaria *función tuitiva* de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, lo que se corroboraría por el mismo tenor de la nueva legislación, contenida en el Real Decreto-ley 2/1985, que suprime tal prórroga forzosa a los nuevos arrendamientos.

Esta consideración parte de un presupuesto fáctico que, al consistir en la apreciación de la presente situación del mercado inmobiliario, únicamente compete valorar al legislador.

En efecto, si bien es evidente que la restricción del art. 57 LAU obedece a circunstancias históricas concretas (y no sólo, por cierto, a las propias del periodo de la posguerra civil, en que la escasez de viviendas respondía a la destrucción ocasionada en la contienda, sino, ya en los años 20, a la desproporción entre oferta y demanda locativas producida por la migración rural a las ciudades), no lo es menos que **sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador**. Esta autonomía de apreciación que *pertenece al legislador*, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales ni por el de este Tribunal (...)>>.

Resaltamos, en suma, que estamos ante una institución, la prórroga forzosa, que es establecida por una ley tuitiva de intereses que el legislador considera necesitados de una especial protección (la de los arrendatarios de viviendas y locales de negocio ante la situación del mercado inmobiliario), y que responde a razones de utilidad pública e interés social que determinan la intervención del legislador para limitar el contenido de los derechos dominicales en atención a la función social del derecho de propiedad, que es un límite intrínseco. Y **“sólo al legislador le corresponde evaluar si tales circunstancias se han superado hasta el punto de permitir la suavización o supresión de los límites que pesan sobre las facultades dispositivas del arrendador; esta autonomía de apreciación que pertenece al legislador, y únicamente a él, no cabe que sea reemplazada por el juicio de los órganos judiciales ...”**

11. Lo cierto es que el legislador ha mantenido vigente el régimen de prórroga forzosa para los contratos de arrendamiento celebrados (como el de autos) antes de cierta fecha, sin apreciar cambios en la realidad socio-económica que hayan aconsejado suprimir este derecho, en las sucesivas modificaciones legislativas de la normativa arrendaticia (Real Decreto-Ley 2/1985 y vigente LAU de 1994).

No estimamos que por medio de la LC el legislador haya querido incidir, para suprimirlo, en el régimen de la prórroga forzosa en atención a la situación de concurso del propietario, mediante el art. 61.2 LC, sin modificación expresa de la LAU en este sentido.

12. Concluimos que el derecho o facultad resolutoria que reconoce el art. 61.2 LC no es omnimodo, sino que tiene límites. Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (art. 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa,

establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley.

En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el *blindaje* otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa.

CUARTO. 13. De otro lado, si el interés del concurso radica en la ejecución del proyecto de rehabilitación, no se ha justificado que el mismo no pueda llevarse a efecto respetando el derecho arrendaticio y en el marco de las previsiones legales contenidas en la LAU.

Tampoco se ha justificado que el mantenimiento del contrato resulte perjudicial o gravoso para el concurso en atención a las prestaciones que hayan de realizarse con cargo a la masa; el goce pacífico en la posesión no entraña ese gravamen, y no hay constancia de que la masa deba asumir, a corto o medio plazo, la realización de obras necesarias en el local arrendado.

14. Por lo demás, entendemos que uno de los factores a tener en cuenta para apreciar el "interés del concurso", a los presentes efectos, es la cuantía de la indemnización correspondiente al arrendatario, que ha de ser abonada como crédito contra la masa. Esta cuantificación ha de ser realizada en la sentencia que decida la resolución, como resulta del tenor del art. 61.2 LC ("*... el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa*"), y además, como se ha dicho, es uno de los parámetros a valorar para decidir si la resolución del contrato es conveniente para el interés del concurso. Esa valoración no será completa si se ignora el gravamen o coste que va a suponer a la masa activa la ruptura del contrato, y de ahí que no pueda dejarse para un litigio posterior.

QUINTO. 15. Ante las serias dudas de derecho que la cuestión suscita no hacemos imposición de las costas (art. 394.1 LEC); tampoco en esta instancia, al haber sido estimado el recurso (art. 398.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 19/2013, de 23 de Enero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Declarado el concurso no procede la **compensación de los créditos y deudas** del concursado, aunque produzca efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración (art. 58 LC). La compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra de una cantidad de dinero vencida, líquida y exigible (art. 1195 CC). No se considera deuda líquida y exigible el mero incumplimiento de los deberes contractuales sin reconocimiento judicial.

En materia de derecho internacional privado del concurso es de aplicación con carácter principal el **Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia** y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia (art. 199 LC).

El Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en su artículo 4.1 establece que la ley aplicable, a falta de elección de las partes en el contrato, es la **ley del país con el que presente los vínculos más estrechos**. Por ello, atendido el domicilio social de la concursada en España –donde tiene su administración y establecimiento principal y actividad-, la ley rectora del crédito no es la ley extranjera sino

la española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La demandante, PRIM., S.R.L. tiene reconocido en el concurso de la demandada COHD., S.L. un crédito por importe de 95.495,11 euros, representado por un conjunto de facturas con vencimientos entre junio de 2007 y enero de 2008, correspondientes a mercancías suministradas a la concursada.

En la demanda de este incidente concursal, PRIM., S.R.L. solicita la compensación de su crédito con el crédito que la concursada ostenta contra la actora, por importe de 55.999,90 euros, reconocido por sentencia de esta Sección 15ª, de 2 de diciembre de 2010 (juicio ordinario 29/2008 del Juzgado mercantil 3 de Barcelona), en concepto de indemnización por clientela, como consecuencia de la resolución abusiva por parte de PRIM., S.R.L. del contrato de distribución que le ligaba a COHD., S.L.

A la compensación se han opuesto la concursada y la administración concursal (en adelante, AC).

La sentencia del juzgado mercantil desestima la demanda incidental por entender, en síntesis, que, en la fecha de declaración de concurso, el 25 de octubre de 2010, conforme al artículo 58 de la Ley concursal (LC), no era posible la compensación del crédito derivado de las facturas con la indemnización por clientela, atendido que en aquella fecha no se había dictado todavía la sentencia que concedía la indemnización –denegada en la sentencia de la primera instancia-.

2. PRIM., S.R.L. apela contra la sentencia del juzgado. Invoca los motivos siguientes:

1) La compensación es procedente por actos propios de COHD., S.L. que la invocó judicialmente antes de la declaración de concurso.

2) Procede la compensación judicial al haberse solicitado por COHD., S.L. en el seno de un proceso judicial.

3) Procede la compensación por darse los requisitos conforme al Reglamento 1346/2000 y la ley italiana aplicable al crédito de COHD., S.L., que prevé una compensación en garantía.

4) También procede la compensación por darse sus requisitos antes de la declaración de concurso conforme al derecho español.

3. Examinaremos conjuntamente los dos primeros motivos, centrados en el hecho de que COHD., S.L., antes de la declaración de concurso, había solicitado la compensación en el procedimiento judicial que PRIM., S.R.L. siguió contra la concursada en Italia. En su recurso de apelación, la demandante incidental dedica una atención preferente a este tema que en la demanda inicial ya apuntó de manera concisa.

Expone que, el 30 de enero de 2008, PRIM., S.R.L. demandó a COHD., S.L. ante los juzgados de Padua, en reclamación de 95.495,11 euros –la suma que se le ha reconocido como crédito en el concurso-. COHD., S.L., por escrito de 13 de mayo de 2008, solicitó ante aquel juzgado la suspensión del procedimiento hasta que se resolviera el juicio ordinario que, a su instancia, se seguía contra PRIM., S.R.L. en los juzgados de Barcelona. Se trataba de la referida reclamación de daños y perjuicios por la finalización, sin preaviso, del contrato de distribución que vinculaba a las partes. En lo que aquí interesa, COHD., S.L., en el escrito presentado ante el juzgado italiano, sin llegar a reconocer su deuda, alegaba que en el negado caso de estimación aun parcial de la demanda de PRIM., S.R.L. se compensara el importe de 111.999,90 euros (que COHD., S.L. reclamaba ante el juzgado de Barcelona) o bien el distinto importe aun mayor a cuyo pago el juez español condenara a PRIM., S.R.L. a favor de COHD., S.L., hasta la medida concurrente (documento 7 aportado con la demanda incidental). El juicio de Padua fue suspendido hasta la decisión del pleito pendiente en Barcelona.

Según la parte apelante, hubo entonces compensación porque COHD., S.L. la hizo valer, antes del concurso, en los términos expresados, y la declaración posterior de concurso no puede afectar a una compensación ya producida.

No podemos estimarlo así. En primer lugar, **la petición de compensación se formuló sólo con carácter subsidiario para el caso**, que COHD., S.L. principalmente negaba, de que se estimara la demanda ante el juzgado italiano. Es cierto que los hechos –el reconocimiento del crédito de PRIM., S.R.L. por la cuantía exacta que reclamó ante el juzgado italiano- han dado la razón a la reclamación de

PRIM., S.R.L., pero ni hubo compensación en aquel momento anterior a que se declarara el concurso (el 25 de octubre de 2010) ni se daban entonces los requisitos de la compensación.

El artículo 58 LC, en la redacción aplicable al caso, establece que “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración”.

De acuerdo con el artículo 1195 del Código civil (CC), la compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra de una cantidad de dinero vencida, líquida y exigible. Antes de la declaración de concurso, no existía deuda de PRIM., S.R.L. con COHD., S.L. que cumpliera aquellas características. Existía solamente un incumplimiento de los deberes contractuales de PRIM., S.R.L., en relación, concretamente, con la forma de poner fin a la relación entre las partes, sin avisar con la antelación exigible. La traducción de ese incumplimiento en dinero y, por tanto, el nacimiento de una obligación dineraria a cargo de PRIM., S.R.L., no por el importe pretendido por COHD., S.L., de 111.999,90 euros, sino por el inferior de 55.999,90 euros, se produce con la sentencia de este tribunal de 2 de diciembre de 2010. Solamente a partir de esa sentencia puede hablarse de deuda de la concursada de una cantidad de dinero, vencida, líquida y exigible.

El inciso final introducido en el artículo 58.I LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, “aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella”, no altera la conclusión anterior: no se trata aquí de que concurrieran los requisitos de la compensación antes de la resolución judicial que la declarara. La sentencia del juicio ordinario 29/2008 no declaró ninguna compensación, sino que generó el crédito dinerario que se quiere compensar.

Que la concursada COHD., S.L. –cuando todavía no lo era- instara la compensación ante el juzgado italiano –aunque lo hiciera con el carácter subsidiario predicado- no constituye un acto propio determinante en el concurso de la apreciación de la compensación. En el procedimiento concursal no solo cuenta el criterio de la concursada –contrario ahora a la compensación-, sino los intereses del concurso y de todos los acreedores, en cuya garantía actúa la norma del artículo 58 LC. La AC se opone a la compensación por considerar que no concurren los presupuestos legales. Por esa razón la deniega el juez.

En cuanto a la compensación judicial, pese a lo que sostiene PRIM., S.R.L., no consta ningún pronunciamiento ni ninguna alegación al respecto en el juicio de COHD., S.L. contra PRIM., S.R.L., por lo cual tampoco cabe apreciarla.

4. En el siguiente motivo de recurso se sostiene la procedencia de la compensación por darse los requisitos conforme al Reglamento 1346/2000 y la ley italiana aplicable al crédito de COHD., S.L. Este argumento ya fue alegado y desestimado en la primera instancia del incidente. El Sr. magistrado consideró que no parecía posible aplicar la ley italiana a un procedimiento de insolvencias español en el que la demandante –una empresa italiana- tiene una obligación a su favor a cumplir en España –unas facturas reconocidas en la masa pasiva del concurso- y está condenada a cumplir una sentencia por resolución precipitada de un contrato de distribución que tenía sus efectos en España. Señaló que no había ninguna norma de conexión que permitiera entender que, en un procedimiento concursal fuera de Italia y respecto de obligaciones que han de cumplirse fuera de Italia, hubiera de aplicarse el derecho de quiebras italiano, por muy favorable que fuera para los intereses del acreedor.

La parte apelante, PRIM., S.R.L., invoca de nuevo en esta instancia el artículo 6.1 del Reglamento europeo 1346/2000 sobre insolvencias, en relación con su artículo 4.2.d).

Es cierto que, como pone de relieve la recurrente, en materia de derecho internacional privado del concurso es de aplicación con carácter principal el Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia. Lo recuerda el artículo 199 LC.

El artículo 4.2.d) del Reglamento 1346/2000, dedicado a la compensación, dispone que la Ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia determinará las condiciones de oponibilidad de una compensación. Por su parte, el artículo 6.1 del reglamento establece que “la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la Ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación”. Esta norma la reproduce el artículo 205.1 LC: “La declaración de concurso no afectará al derecho de un

acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia”.

La doctrina ha interpretado esas normas de conflicto en el sentido de que pretenden posibilitar la compensación y, para ello, permiten a quien esté interesado en que opere esa compensación invocar, no con relación de subsidiariedad, sino alternativamente, o bien la *lex fori concursus* (la ley del estado de apertura del procedimiento concursal, artículo 4.2.d del reglamento), o bien la ley rectora del derecho a compensar, artículo 6.1 del reglamento. Esta última es la norma que invoca PRIM., S.R.L. con carácter principal. Alega que:

- i. La ley rectora del derecho a compensar es, en este caso, la ley italiana.
- ii. La ley italiana regula una “compensación en garantía” y permite la compensación en caso de insolvencia incluso cuando los créditos no están vencidos antes de la declaración de concurso.

5. Examinaremos, en primer lugar, cuál es la **ley rectora del derecho a compensar** en el caso que nos ocupa. Se trata de la **ley rectora del crédito pasivo**, el crédito en el que el deudor concursado aparece como acreedor frente a la otra parte, es decir, el crédito de 55.999,90 euros, reconocido por sentencia de esta Sección 15^a, en concepto de indemnización por clientela.

Por razones temporales, es de aplicación el **Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales**. Su artículo 4.1 establece que la ley aplicable a falta de elección de las partes en el contrato, conforme a las disposiciones del artículo 3, es la **ley del país con el que presente los vínculos más estrechos**. Así lo alega la parte apelante.

El artículo 4.2 dispone que “se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento”.

Según la recurrente, es PRIM., S.R.L. la que, como concedente o principal, realiza la prestación característica del **contrato de distribución** porque es quien **fabrica los productos, los entrega para su distribución, realiza la publicidad, permite el uso de la marca**, etc. al distribuidor, que se limita a hacer los pagos de los productos.

Debemos discrepar de la valoración. Los actos enunciados por la parte apelante son **actos previos y actos complementarios a lo que constituye la esencia del contrato de distribución concertado**. Como entendió la sentencia de este tribunal de 2 de diciembre de 2010, se trata de un “**contrato atípico, “de colaboración” estable o con vocación de estabilidad, intuitu personae o basado en la confianza, celebrado entre empresarios independientes, fabricante y comerciante, para la implantación de una red de venta o distribución de los productos o servicios de aquél en un marco geográfico convenido, en que el fabricante suministra tal mercancía**” (el subrayado lo hacemos en esta sentencia). La sentencia citada, que enjuició la reclamación entre las partes conforme al derecho español, hizo referencia, entre otras cuestiones, a la razón que pudo permitir que COHD., S.L. se erigiera en distribuidor de PRIM., S.R.L. en España: que PRIM., S.R.L. no tenía esa estructura de distribución, aunque tuviera clientes puntuales en este país. Consideró también el importante volumen de ventas en España al romperse las relaciones y la decisión de PRIM., S.R.L. de constituir en España su propia red de distribución por medio de una sociedad filial. Los anteriores no son sino aspectos que ponen de relieve -a nuestro criterio, incuestionablemente- cuál era la prestación característica del contrato -la de distribución en exclusiva- y quién la realizaba -COHD., S.L.-.

Por tanto, **atendido el domicilio social de COHD., S.L. en España -donde tiene su administración y establecimiento principal y actividad- no es la ley italiana sino la española la ley rectora del crédito, lo que basta para desechar el motivo de apelación basado en la aplicación de la ley italiana, sin necesidad de más razonamientos**.

6. El último de los argumentos del recurso reitera la tesis sostenida ante el juzgado de que, también conforme al derecho español, se daban los requisitos de la compensación antes de la declaración del concurso. En realidad, ya hemos respondido a la cuestión negativamente al abordarla en fundamentos de derecho anteriores.

En este apartado, el recurso reprocha a la sentencia del juzgado, en primer lugar, que conceptúe como indemnización por clientela la indemnización concedida a COHD., S.L. por la ruptura abusiva de la relación contractual. De la lectura de la sentencia resulta que, como en la mayoría de casos de la misma naturaleza, con base en lo que se aprecia como ruptura abusiva –sin preaviso- de la relación de colaboración entre las partes, se concede a COHD., S.L. una indemnización por pérdida de clientela, aplicando el artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, en los términos que la sentencia desarrolla.

La recurrente alega también que los efectos de la sentencia se retrotraen a la fecha de interposición de la demanda, por cuanto tiene únicamente efectos declarativos del derecho y aunque la sentencia que contiene el crédito fuera dictada después del concurso, para valorar la concurrencia de los presupuestos de la declaración, habría que estar a la fecha de nacimiento del crédito, que sería la de terminación del contrato, el 31 de julio de 2007, según la parte apelante, para quien el crédito era exigible y líquido antes del concurso.

No podemos acogerlo y debemos remitir de nuevo a lo dispuesto en el artículo 58 LC. Como hemos dicho, tanto en su redacción anterior, aplicable al caso, como en su redacción actual, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se exige que los requisitos de la compensación existieran con anterioridad a la declaración de concurso. En nuestro caso, antes de la declaración de concurso, las partes no eran recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra de una cantidad de dinero vencida, líquida y exigible.

Por lo expuesto, procede confirmar la sentencia del juzgado.

7. La desestimación del recurso de apelación determina la imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 196.2 de la LC y 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 101/2013, de 6 de Marzo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La **modificación de la titularidad** sobre una parte de un crédito, por haber sido estimada la **acción directa ejercitada con posterioridad a la declaración de concurso**, no determina un cambio objetivo de la lista de acreedores (el reconocimiento de un nuevo crédito), sino que se trata de un cambio que afecta exclusivamente a la determinación del titular de un crédito ya reconocido en el concurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. AIR., S.A. presentó demanda de incidente concursal interesando:

- a) Que se declarara la procedencia de la acción directa ejercitada contra MED., S.L.U. y, por consiguiente, que la concursada era deudora solidaria de un crédito que la demandante ostenta contra E.G.M., S.L., por importe de 216.881,22 euros, correspondiente al precio de una obras ejecutadas para climatizar el museo del F.C. Barcelona y de las que era contratista MED., S.L.U., que subcontrató con E.G.M., S.L.
- b) La condena a la demandada MED., S.L.U. a hacerle pago de la referida cantidad.
- c) Y su declaración como crédito ordinario.

2. La AC se allanó a la pretensión de la impugnante. La concursada se opuso alegando que la impugnación era extemporánea, ya que la demanda fue presentada mucho después de que hubiera concluido el plazo legalmente establecido.

3. La resolución recurrida, después de examinar la diversa publicidad practicada, consideró que la impugnación era extemporánea, pues debió haber sido presentada la demanda antes del día 9 de

diciembre de 2010, fecha en la que transcurrió el plazo de impugnación, computada desde la publicidad ordinaria dada al informe y a la lista, mientras la demanda se presentó el 8 de marzo de 2011, esto es, dentro del plazo únicamente si el mismo se computa desde la publicidad extraordinaria.

4. El recurso de AIR., S.A. se funda en los siguientes motivos:

- a) Falta de congruencia de la resolución recurrida, por no resolver sobre las pretensiones deducidas.
- b) Vulneración del art. 94.1 LC, por considerar que su derecho, dimanante del ejercicio de la acción directa, estaba condicionado a su inclusión en la lista de acreedores.
- c) Vulneración del art. 96.1 LC, por calcular incorrectamente el plazo de impugnación.

SEGUNDO. 5. La alegación de incongruencia se funda en que la resolución recurrida no ha dado respuesta a las pretensiones ejercitadas en la demanda, interpretando que lo que estaba haciendo la actora era impugnar la lista formulada por la AC cuando lo que había ejercitado era una acción directa, lo que resultaba preciso porque ni la concursada ni la AC habían reconocido previamente que concurrían los presupuestos para que pudiera darse por afirmada la existencia del crédito reclamado.

6. Tiene razón la recurrente, que no interpuso propiamente una demanda de impugnación de la lista, como ha interpretado el juzgado, sino una **demanda en solicitud de que se le reconozca ostentar la acción directa que había ejercitado previamente de forma extrajudicial contra la concursada. Que como consecuencia del éxito de esta acción pueda resultar modificada la lista no significa que se haya impugnado la misma. Se trata de acciones distintas y que no pueden ser confundidas, como ha hecho el juzgado, incurriendo en la incongruencia denunciada.**

TERCERO. 7. El segundo de los motivos del recurso denuncia violación del art. 94.1 LC y afirma que la lista de acreedores está referida a los créditos existentes en el momento de la declaración del concurso (el 22 de junio de 2010), lo que no incluye el crédito de AIR., S.A., que ejercitó la acción directa con posterioridad (el 1 de octubre de 2010).

8. También sobre este particular tiene razón la recurrente. **La lista de acreedores está referida al momento de la declaración del concurso, tal y como expresa el art. 94.1 LC, de forma que no podía ser incluido en ella el crédito de AIR., S.A., que podría decirse que se había generado a partir de que, de forma extrajudicial, el 1 de octubre de 2010, ejercitara la acción directa.** Por esa misma razón es razonable que AIR., S.A. pensara que no estaba facultado para impugnar la lista, particularmente cuando la AC le comunicó, el día siguiente a haber presentado la lista, esto es, el 9 de diciembre de 2010, que en la misma se hallaba incluido el crédito de E.G.M., S.L., la subcontratista que a su vez la había subcontratado a ella, de un importe de 232.000 euros, esto es, superior al reclamado por su parte, así como que tomaban razón de su comunicación de su reclamación para realizar las oportunas verificaciones.

9. Que el crédito derivado de las obras realizadas se encuentre incluido en la lista por un importe superior al que AIR., S.A. afirma que le es adeudado es lo que nos parece trascendente, pues indica que realmente el crédito por el que se reclama existe y está incluido en la lista de acreedores del concurso. A partir de ese dato, de lo único que se trata es de determinar si concurren los demás presupuestos para que pueda prosperar la acción directa, en cuyo caso se produciría una circunstancia sobrevenida que afectaría a la lista, la **modificación subjetiva de la titularidad sobre una parte del crédito** reconocido a E.G.M., S.L. Esa circunstancia **no determina un cambio objetivo, esto es, el reconocimiento de un nuevo crédito sino que se trata de un cambio que afecta exclusivamente a la determinación del titular de un crédito ya reconocido en el concurso.**

CUARTO. 10. El éxito de los anteriores motivos del recurso determina que no debamos entrar en el tercero, formulado con carácter subsidiario, es decir, para el caso de que no hubieran prosperado los anteriores. Y, por otra parte, consecuencia inherente al éxito de esos motivos es que debamos entrar en el fondo de la cuestión que la demanda plantea, lo que no ha hecho la resolución recurrida.

11. Allanada la AC a la pretensión del demandante, y al no haber cuestionado la concursada que concurrían los presupuestos para la estimación de la acción directa, debemos estimar en sus propios términos la demanda, dado que no existe ninguna razón que nos permita hacer dudar de que concurren todos los requisitos que permiten justificar el éxito de la acción directa.

12. Como consecuencia de lo anterior, debemos condenar a MED., S.L.U. al pago a la actora de la cantidad reclamada, lo que se debe traducir en que **la AC deberá introducir en las listas definitivas los cambios oportunos que son consecuencia de la estimación de esta demanda incidental y que se especifican en el fallo.**

QUINTO. 13. Aun estimada íntegramente la demanda creemos que no es procedente la imposición de las costas a la concursada, atendida la complejidad que presenta la cuestión enjuiciada, complejidad que puede ser traducida a estos efectos como generadora de dudas de derecho.

14. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 38/2013, de 13 de Marzo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Del art. 59.1 LC claramente se deriva que no resulta posible al juzgado limitar el alcance de los **intereses cubiertos o garantizados con el bien hipotecado o con sus productos**. La actualización de la deuda hasta donde alcance la cobertura hipotecaria.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. Aprobado el plan de liquidación de la concursada I.E.F., S.L., recogiendo en parte las observaciones realizadas al mismo por CaixaBank, S.A., que ostenta en el concurso un crédito con garantía hipotecaria que grava uno de los inmuebles de la concursada, se queja la referida acreedora de que la resolución recurrida ha vulnerado el art. 59.1 LC al no haber dispuesto **la actualización de su crédito en los términos interesados, esto es, incluyendo los nuevos intereses devengados, todos los cuales tienen reconocida legalmente la preferencia.**

SEGUNDO. 2. Tiene razón la recurrente. **Del art. 59.1 LC claramente se deriva que no resulta posible al juzgado limitar el alcance de los intereses cubiertos o garantizados con el bien hipotecado o con sus productos. Por esa razón, no tiene sentido la limitación de la posibilidad actualización de la deuda al plazo de un mes a contar desde el propio auto cuando se concede un plazo superior a la AC para que lleve a cabo la venta. La actualización de la deuda será hasta donde alcance la cobertura hipotecaria.**

3. Resulta dudosa la necesidad del recurso si se considera que no existe realmente pronunciamiento en el auto sobre ese particular sino que el recurso se limita a combatir un punto de la argumentación jurídica. No obstante, en aras a la claridad y economía, estimamos que debemos entrar en el fondo para deshacer el equívoco que de ese razonamiento podría derivarse, por cuanto que de la resolución se desprende que la argumentación parece complementar e integrar la parte dispositiva.

TERCERO. 4. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso, por lo que procede la devolución del depósito constituido.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 171/2013, de 29 de Abril de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Si la solicitud de concurso necesario del acreedor no es admitida a trámite, éste no puede reclamar para su crédito, en un posterior voluntario, el reconocimiento del **privilegio general del art. 91.7 LC**.

Respecto a los supuestos en los que el art. 97.3 LC admite que resulten **modificadas las listas definitivas** no creemos que se trate de una enumeración abierta o meramente ejemplificativa sino cerrada, pero la enumeración va precedida por una regla general que dice *"además de en los demás supuestos previstos en esta ley.."*. Estamos ante un supuesto legal de modificación de la lista definitiva cuando el cambio es consecuencia legal inherente a una situación producida después de que los acreedores hayan tenido la oportunidad de darle efectividad a través de los procedimientos ordinarios que el concurso pone a su disposición.

Cuando los instantes son varios, la AC no debe reconocer a cada uno de los acreedores privilegio por el 25 % de sus créditos sino que el privilegio del 25 % debe distribuirse internamente entre los créditos de los instantes en función de su participación en la cuantía total del crédito, esto es, de forma proporcional a la cuantía de sus créditos respectivos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. E.R.G., S.A., D.E., S.L.U., T.E., S.A., V.O.P., S.L., S.C.P., S.A., C. A., S.L. y P., S.L., actuando de forma conjunta, impugnaron la lista de acreedores formulada por la Administración concursal (AC) solicitando que al crédito que tienen reconocido con carácter de ordinario le fuera reconocido el privilegio general del art. 91,6.º LEC (en su texto anterior a la Reforma operada por Ley 38/2011). Exponían en su demanda que su solicitud de concurso necesario de W.T., S.L., presentada antes de que dicha sociedad solicitara y obtuviera la declaración de concurso voluntario, no fue admitida a trámite por el juzgado mercantil, si bien el Auto de esta Sección de 16 de febrero de 2012 estimó el recurso de apelación interpuesto por las solicitantes y ordenó al juzgado mercantil pronunciarse de nuevo sobre la admisión a trámite de la solicitud, lo que el juzgado hizo de forma efectiva por medio de Auto de 15 de marzo de 2012 en sentido favorable a su petición. Estiman los recurrentes que, como consecuencia de ello, y conforme a lo que resulta del art. 22 LC, el concurso ha pasado a ostentar el carácter de necesario, lo que da derecho a los acreedores solicitantes a que a sus créditos les sea reconocido el privilegio referido.

2. El administrador concursal se allanó a la solicitud. En cambio la concursada se opuso a ella alegando no habersele escuchado antes de pronunciarse sobre la solicitud y alegando que había presentado una comunicación de inicio de las negociaciones que impedía que se pudiera admitir a trámite cualquier solicitud de concurso necesario.

3. La resolución recurrida consideró que si bien las actoras tenían derecho a que se hubiera reconocido a sus créditos el privilegio solicitado, dado que su solicitud de concurso necesario fue previa a la solicitud de concurso voluntario finalmente declarado, existía un obstáculo procesal que se oponía a ello, el hecho de que se hubieran formulado previamente los textos definitivos de la lista de acreedores, de forma que lo establecido en el art. 97.3 LC impide que se pueda reconocer efectividad a su derecho.

4. El recurso de las acreedoras insiste en que a sus créditos les debe ser reconocido el privilegio general del núm. 6.º del art. 91 LC porque solicitaron el concurso antes de que lo hiciera la concursada y porque el juzgado mercantil debió haber admitido a trámite la solicitud cuando fue presentada. Y cuestiona la apreciación que hace la resolución recurrida acerca de que las recurrentes hubieran debido impugnar la lista en el momento procesal oportuno para que se reconociera la contingencia que afectaba a sus créditos. Según afirman las recurrentes, no existía contingencia alguna que afectara a sus créditos, que se encontraban debidamente reconocidos en la lista, razón por la que no podían impugnarla en el momento en el que se abrió el plazo para ello, ya que en ese momento su solicitud de concurso necesario no había sido aún admitida a trámite.

SEGUNDO. 5. Aunque la concursada afirme al contestar al recurso que su comunicación de inicio de las negociaciones fue previa a la solicitud de concurso necesario hecha por las actoras, eso no es cierto. Mientras las actoras formularon su solicitud el 25 de junio de 2010, fecha a la que deben referirse todos los efectos asociados a la misma una vez admitida a trámite, la comunicación de inicio de las negociaciones no se formuló hasta el 15 de septiembre siguiente, según deducimos de la copia de la misma aportada junto con el escrito de contestación a la demanda incidental.

6. También resulta irrelevante que no se haya oído la opinión de la concursada antes de admitir a trámite la solicitud por parte del juzgado mercantil, porque ello no resultaba necesario. La audiencia a la solicitada se concede después de la admisión a trámite y como presupuesto de la declaración; lo que ocurre es que en el supuesto enjuiciado no resultaba precisa esa audiencia porque el concurso ya había sido declarado previamente, lo que impedía una nueva declaración. Por consiguiente, **la admisión a trámite de la solicitud agotaba los efectos prácticos que las solicitantes podían esperar y debía determinar efectos sustanciales que damos por supuestos, tales como la modificación de la clase de concurso, que debían dejar de ser voluntario y pasar a ser necesario, con todos los efectos a ello inherentes.**

TERCERO. 7. Tienen razón las recurrentes cuando cuestionan el argumento con el cual la resolución recurrida justifica la desestimación de la demanda. **La consideración de un crédito como contingente está definida en el art. 87.3 LC y resulta de aplicación únicamente a dos situaciones: (i) los créditos sometidos a condición suspensiva; y (ii) los créditos litigiosos.** En ninguna de ellas encaja la situación que afectaba a los créditos de las actoras, aunque su clasificación definitiva estuviera afectada por una "contingencia" distinta: la suerte de su solicitud de concurso necesario, originariamente no admitida a trámite pero pendiente de recurso.

8. Cuestión distinta es si resultaba indispensable que su **solicitud de concurso necesario se hubiera admitido a trámite para que se pudiera reconocer al crédito de los solicitantes el privilegio referido.** La redacción de la norma vigente en el momento de la solicitud no aclara mucho las cosas, pues se refiere a los créditos de que fuera titular "*el acreedor que hubiera solicitado la declaración de concurso*". Por consiguiente, **la norma no exigía, al menos en su literalidad, ni que el concurso se hubiera declarado a solicitud del referido acreedor, ni que la solicitud se hubiera al menos admitido a trámite.**

9. El texto vigente actualmente, en cambio, tiene un contenido muy distinto. El art. 91, 7.º LC, en el texto introducido por la reforma operada por **Ley 38/2011**, habla del "*acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso*". Por consiguiente, el cambio operado parece muy radical: ahora **no basta con la solicitud del acreedor sino que es preciso que la misma no solo se haya admitido a trámite sino que haya determinado la declaración del concurso.**

10. Un cambio tan radical no aparece justificado en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, que se declara una Ley esencialmente continuista de los principios de la legislación originaria y que no creemos que haya querido penalizar a los acreedores, particularmente cuando el alcance del privilegio se ha extendido desde la cuarta parte de sus créditos hasta la mitad. Por ello creemos que una regulación y otra no se excluyen sino que se complementan y que entenderlas en su estricta literalidad podría conducir

a amparar situaciones indeseadas por el legislador o a no dar protección a situaciones que la merecen o que no creemos que el legislador haya querido que queden sin protección.

11. La nueva regulación de la norma evidencia que el legislador no quiere que el simple hecho de que haya existido una solicitud pueda merecer el premio del privilegio, aun en el caso de que la misma haya resultado finalmente desistido o no haya superado la barrera de la admisión a trámite. El legislador añade un dato que, por la vía de la interpretación, creemos que se puede referir a la norma preexistente: que la solicitud haya resultado relevante para la declaración del concurso o que, al menos, lo pudiera haber sido. No podemos ignorar que la razón última que justificaba este privilegio se encontraba en la voluntad del legislador de incentivar a los acreedores a instar el concurso de sus deudores que se encontraran en insolvencia, lo que comporta que éstos deban asumir riesgos importantes, tales como tener que indemnizar los daños y perjuicios derivados de la solicitud finalmente rechazada y tener que soportar las costas (art. 20.1 LC). El reconocimiento del privilegio venía a compensar a los acreedores por esos riesgos, así como por los gastos que la propia solicitud les originaba, cuyo resarcimiento tampoco resultaba asegurado por la declaración.

Por consiguiente, **lo razonable es interpretar el texto originario del privilegio, el art. 91.6.º LC en su redacción primigenia, en sentido algo distinto a lo que sugiere su literalidad para exigir que no solo resultaba preciso, para tener acceso al reconocimiento de este privilegio, que hubiera existido solicitud sino que la misma hubiera sido objetivamente apta para conseguir la declaración del concurso.** Ello permitiría excluir del acceso al privilegio a situaciones tales como la de las solicitudes finalmente desistidas o bien aquellas que ni siquiera hubieran superado el filtro inicial, esto es, la admisión a trámite. La razón de esa exclusión creemos que se encuentra en que tales solicitudes resultaban irrelevantes desde la perspectiva de la declaración, aunque las mismas hubieran podido determinar que el concurso tuviera el carácter de necesario, por imperativo de lo establecido en el art. 22 LC. Este dato no creemos que sea relevante, sino que creemos que **lo determinante es si el acreedor quedó realmente expuesto a los riesgos que el privilegio trata de compensar. Si no quedó expuesto a esos riesgos no es razonable que se le conceda, porque el privilegio no tendría una justificación razonable y su concesión dependería de circunstancias azarosas.**

12. Por consiguiente, no admitida a trámite la solicitud de concurso necesario presentada por estos acreedores, creemos que, al menos en principio, era correcta la clasificación propuesta por el AC en la lista provisional de los créditos de los actores como créditos ordinarios, razón por la que los acreedores no podían impugnarla sin verse expuestos a una sentencia desestimatoria y al riesgo de que se le impusieran las costas del incidente.

Y, en cambio, recurrida tal decisión en fecha anterior a que los acreedores pudieran tener conocimiento de la solicitud de concurso voluntario y reconocido por nuestro auto estimando el recurso de apelación que la solicitud no podía ser inadmitida a trámite lo que reconocimos es que **la solicitud era objetivamente apta para que hubiera podido determinar la declaración del concurso.**

13. Es cierto que cuando se dictó nuestra resolución estimatoria del recurso de apelación antes referido ya no tenía sentido alguno ni siquiera la admisión a trámite de la solicitud porque el concurso voluntario había resultado declarado. No obstante, de ello no podemos derivar que la solicitud resulte completamente irrelevante. La posterior solicitud de concurso voluntario determina que la propia deudora reconocía su situación de insolvencia en un momento muy próximo a la fecha en la que los actores formularon su propia solicitud. De ello deducimos que **lo razonable es que, si la solicitud hubiera seguido su cauce con normalidad, lo razonable es que hubiera determinado la inmediata declaración del concurso, es decir, que hubiera resultado relevante desde la perspectiva de la declaración.**

Por consiguiente, y en suma, consideramos que **los acreedores instantes asumieron realmente los riesgos asociados a la declaración y merecen por ello el reconocimiento del privilegio que concede el art. 91. 6.º LC, en el texto vigente en el momento de la propia solicitud.**

CUARTO. 14. Como argumento para mayor abundamiento, también creemos que debemos añadir que a partir de lo que establece el art. 22 LC podemos sostener que no basta la mera solicitud de concurso necesario para que el concurso pueda ser declarado como tal, con la consecuencia del reconocimiento al

acreedor solicitante del privilegio del art. 91, 6.º LC. Si en el fundamento anterior ya hemos justificado que la mera declaración del concurso como necesario no es suficiente para justificar el reconocimiento del privilegio al acreedor instante, ahora queremos añadir que tampoco consideramos que baste la mera existencia de una solicitud para justificar que el concurso deba ser declarado como necesario, aunque la misma no se hubiera admitido a trámite, a pesar de que la equívoca redacción del art. 22.1 LC pueda ofrecer argumentos para sostener lo contrario.

15. La interpretación correcta del artículo 22 LC creemos que exige que se contextualicen cada uno de sus apartados porque cada uno de ellos regula una situación bien diferenciada. El art. 22.1 LC se refiere a las solicitudes que se tramiten de forma acumulada, como consecuencia del principio de unidad de procedimiento que el art. 15.2 LC extiende a la fase de declaración. Lo que esa norma establece es que, admitida a trámite una solicitud, queda cerrada la puerta a que más tarde pueda ser sustanciada otra de forma separada, esto es, se impide que se pueda producir la admisión a trámite de una solicitud posterior en un procedimiento distinto. Todas las solicitudes se tienen que sustanciar en el mismo procedimiento. Ello obliga a resolver sobre el carácter del concurso que finalmente se declare como consecuencia de ese procedimiento con solicitudes múltiples acumuladas, y eso es lo que resuelve el art. 22.1 LC cuando establece que debe seguir el carácter de la primera de las solicitudes, con independencia de que sea o no la primera efectivamente admitida. En este contexto de solicitudes múltiples simultáneas no puede ser exigible a la solicitud de concurso necesario que hubiera sido efectivamente admitida para que sirva para cualificar el concurso como necesario. Por eso no se exige ese requisito.

16. En cambio, el art. 22.2 LC regula una situación bien distinta, la que se produce cuando las solicitudes no son simultáneas sino sucesivas. Por esa razón no se han podido tramitar en un mismo procedimiento, como en el supuesto en examen ha ocurrido. En tal situación, para que una solicitud de concurso necesario sirva para determinar que el concurso se califique como necesario, no basta que se haya presentado sino que se exige, además, que hubiera resultado admitida a trámite.

17. En conclusión, también por esta vía llegamos a la misma conclusión que en el fundamento anterior. **Para que se produzcan los efectos asociados a la declaración de un concurso como necesario, que ya hemos visto que es dudoso que incluyan el reconocimiento del privilegio general del art. 91.6.º LC, no basta que exista la solicitud sino que es preciso que la misma hubiera resultado admitida a trámite.**

Por consiguiente, no admitida a trámite la solicitud, creemos que no les resultaba posible a los demandantes reclamar para su crédito el reconocimiento del privilegio referido durante la fase de impugnación de la lista.

QUINTO. 18. Por otra parte, es cierto que, tal y como afirma la resolución recurrida, se produce una curiosa situación en el supuesto enjuiciado pues, aunque nos parece razonable que la admisión a trámite de su solicitud da derecho a las actoras a que les sea reconocido a sus créditos el privilegio que reclaman, no estamos en ninguno de los supuestos en los que, conforme a lo previsto en el art. 97.3 LC, pueden modificarse los textos definitivos de la lista de acreedores. Por ello, no resulta completamente irrazonable la decisión adoptada por el juzgado mercantil, que consideró que **el art. 97.3 LC determina la imposibilidad de reconocer a las actoras el privilegio que reclaman porque la situación procesal del concurso lo impide.**

A continuación examinaremos si ésta es la interpretación correcta de la norma referida.

19. La cuestión que el recurso nos obliga a afrontar consiste en determinar si los supuestos en los que el art. 97.3 LC admite la posibilidad de que resulten modificadas las listas definitivas son *numerus clausus* o bien se trata de una enumeración meramente enunciativa y abierta.

20. Como punto de partida para abordar esa cuestión debemos partir del carácter extraordinario que tiene la posibilidad de modificar las listas definitivas. Así se explica que la redacción originaria del art. 97.1 LC fuera muy restrictiva respecto de esa posibilidad, pues solo admitía que las listas se pudieran modificar como consecuencia de las impugnaciones formuladas contra ellas dentro del periodo ordinario o bien por

medio de recurso contra las modificaciones introducidas por el juez del concurso al resolver sobre otras impugnaciones (art. 97.1 LC).

La nueva redacción que la Ley 38/2011 da al art. 97.1 LC abre la puerta a que la modificación de la lista pueda llevarse a cabo con mayor amplitud y admite que también se pueda producir en los supuestos que se expresan en los apartados 3 y 4 del propio art. 97. No obstante, la redacción de la norma indica que la voluntad del legislador es que se trate de supuestos extraordinarios (*fuera de los supuestos de los apartados 3 y 4...*). Por consiguiente, no creemos que se trate de una enumeración abierta o meramente ejemplificativa sino cerrada.

21. Pero lo más significativo de esa norma creemos que es que la Ley 38/2011 se ha terminado rindiendo a la evidencia, al admitir que **incluso las “listas definitivas” puedan ser objeto de modificaciones posteriores**. Al determinar los casos en los que esa modificación es posible, se expresan una serie de supuestos en los que se admite, enumeración que va precedida por una regla general que dice *“además de en los demás supuestos previstos en esta ley..”*.

22. El supuesto que examinamos no se encuentra entre los supuestos concretos que expresa el art. 97.3 LC, razón por la que nos debemos plantear si entra dentro de “los demás supuestos” a los que se refiere la regla general antes referida. Y la respuesta creemos que debe ser afirmativa porque el cambio en la clasificación del crédito de las actoras es consecuencia directa de un efecto legal inherente a la modificación de la naturaleza del concurso producida como consecuencia de la tardía admisión a trámite de la solicitud de las demandantes. Por consiguiente, creemos que estamos ante un supuesto legal de modificación de la lista definitiva porque el cambio es consecuencia legal inherente a una situación producida después de que los acreedores hayan tenido la oportunidad de darle efectividad a través de los procedimientos ordinarios que el concurso pone a su disposición.

23. Entenderlo de otra forma comportaría hacer personalmente responsables a las propias acreedoras del grandísimo retraso con el que su solicitud se ha terminado admitiendo a trámite, retraso que en modo alguno les puede ser imputado. Por ello, tampoco les pueden ser imputadas las consecuencias legales derivadas del referido retraso.

SEXTO. 24. En la Sentencia de 9 de julio de 2010 (Rollo 30/2010) decíamos que, caso de ser varios los solicitantes, el privilegio debía ser dividido internamente entre ellos en lugar de aplicar a cada uno el 25 % de sus respectivos créditos. Y justificábamos esa interpretación en el carácter restrictivo que hay que conceder a las normas sobre privilegios crediticios, lo que no justifica una interpretación extensiva, y en el hecho de que el art. 91, 6.1 LC está pensando en un solo acreedor como beneficiario del privilegio que otorga. Ese mismo criterio creemos que es el que debe seguirse en el supuesto enjuiciado, razón por la que **la AC no debe reconocer a cada uno de los acreedores privilegio por el 25 % de sus créditos sino que el privilegio del 25 % debe distribuirse internamente entre los créditos de los instantes en función de su participación en la cuantía total del crédito, esto es, de forma proporcional a la cuantía de sus créditos respectivos**.

SÉPTIMO. 25. A pesar de que la demanda se estime íntegramente, no estimamos que deba hacerse imposición de las costas, atendidas las dudas de derecho que plantea la cuestión, dudas que creemos que resultan de la propia argumentación que antecede.

26. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Capítulo 4.- Acciones de reintegración.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 332/2012, de 15 de Octubre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El **perjuicio** de la reintegración concursal debe entenderse en sentido amplio, englobando tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el **principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores**.

La renuncia a la devolución de la fianza, derecho que se cedió a una persona especialmente relacionada con la concursada en contraprestación por la indemnización debida, constituye un **acto perjudicial para la masa activa** porque no se produjo **compensación** de ambos créditos al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 1.196 del Código Civil. El crédito de la persona especialmente relacionada no se ha extinguido y figura en el concurso, por lo que la cesión hecha a su favor no ha reportado a la masa beneficio alguno.

Notas: Cita las Sentencias de la misma Sección de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Administración Concursal de BOS., S.L., al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, promueve acción de reintegración del acuerdo de fecha 15 de abril de 2008 por el que la concursada renunció a reclamar de la demandada STRA., S.L. la devolución de la fianza que percibió como arrendadora de la nave ocupada por aquélla. En la sentencia de instancia se recogen los siguientes hechos probados que no han sido impugnados:

1º) En fecha 6 de julio de 2004 BOS., S.L. como arrendataria y STRA., S.L. como arrendadora firmaron un contrato de arrendamiento sobre una nave industrial sita en Barberá del Vallés, con un plazo de duración de doce años. BOS., S.L. entregó a la arrendadora 1.040.000 euros en concepto de fianza. STRA., S.L. se obligaba a devolver la fianza mediante pagos anuales del 10% de dicha cantidad, a realizar el 30 de junio de cada año, a partir del tercer año de vigencia del contrato.

2º) El 15 de abril de 2008 Don G.T., en nombre de STRA., S.L., y Don H.T., en nombre de BOS., S.L., firmaron un acuerdo, que formalmente se anexó al contrato de 6 de julio de 2004, en el que hacían constar que en la misma fecha Don S.Q. y Don G.T. habían suscrito un acuerdo para la salida amistosa del Sr. G.T.

de BOS., S.L., mediante el cual BOS., S.L. reconocía el derecho a una indemnización a favor del Sr. G.T. de 1.190.000 euros. Esta indemnización se acordó fuera pagada mediante un pagaré de 150.000 euros y el resto -1.140.000 euros- mediante diez pagos anuales desde julio de 2008 a 2017. Asimismo las partes convinieron que este pago fuera compensado con las cantidades que en concepto de devolución de fianza debía realizar STRA., S.L. a BOS., S.L., acordándose la prórroga del primer plazo de devolución que debía realizarse en julio de 2007, ajustándose así las compensaciones.

3º) Por auto de fecha 15 de mayo de 2009 la entidad BOS., S.L. es declarada en concurso voluntario.

4º) El 31 de julio de 2009 se vende la unidad productiva de BOS., S.L. a la sociedad ROV., S.L., en los términos que se recogen en la escritura aportada como documento ocho de la demanda.

5º) En fecha 17 de septiembre de 2009 STRA., S.L. y ROV., S.L. celebraron un contrato de arrendamiento de la nave industrial antes indicada. En la manifestación III del contrato las partes hacen constar que ROV., S.L. había adquirido la unidad productiva mediante escritura pública de 31 de julio de 2009, en la que se faculta a ROV., S.L. a llegar a un acuerdo con el propietario de la nave industrial de Barberá para subrogar el contrato de arrendamiento. Este arrendamiento se fijó hasta el 31 de diciembre de 2014 y previa prestación de fianza de 52.000 euros.

6º) En la lista de acreedores la sociedad STRA., S.L. y el Sr. G.T. aparecen como acreedores de la concursada por créditos de 143.372 y 1.007.924 euros respectivamente, ambos calificados como créditos subordinados.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, que acoge íntegramente la demanda de la administración concursal, concluye que el acuerdo de renuncia a la devolución de la fianza y la compensación del crédito del Sr. G.T. frente a BOS., S.L. es perjudicial para la masa activa, en la medida en que supuso un sacrificio patrimonial injustificado, favoreciendo a dos acreedores especialmente vinculados con la concursada en perjuicio de los demás. Por ello rescinde el acuerdo de renuncia a la devolución de la fianza instrumentalizado el 15 de abril de 2008 y condena a STRA., S.L. al pago de 728.000 euros.

STRA., S.L. recurre en apelación la sentencia, que tacha de incongruente, por alterarse la causa de pedir y por no ajustarse al *petitum* de la demanda. Esto último por cuanto la condena al pago de 728.000 euros en ningún caso podía ser consecuencia de la rescisión, dado que el acuerdo de compensación devino ineficaz por la declaración de concurso (artículo 58 de la Ley Concursal). De este modo se señala en el recurso que no estamos ante un pago anticipado, sino en un supuesto de compensación de cantidades pendientes de vencimiento. Al entender de la recurrente, como consecuencia de la rescisión surgiría, en su caso, una acción de reclamación de cantidad sustentada en el cumplimiento del contrato de arrendamiento de 2004, acción que, de pervivir, sólo podría ejercitar ROV., S.L..

La administración concursal, por su parte, se opone al recurso de apelación por los argumentos de la sentencia apelada, argumentos que sustentaron su acción de reintegración.

TERCERO.- La demandada alega, en primer lugar, que la sentencia incurre en incongruencia y, en consecuencia, que infringe lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Afirma, en este sentido, que se ha alterado la causa de pedir, al modificar el "soporte fáctico" planteado por la actora en relación con la subrogación de ROV., S.L. en el contrato de arrendamiento. Sin embargo la sentencia, a partir de unos hechos probados que no se discuten, analiza correctamente las consecuencias jurídicas de la venta de la unidad productiva a ROV., S.L., concluyendo que no hubo propiamente una subrogación sino una novación extintiva. Y ello a los solos efectos de dar cumplida respuesta a la alegación de la demandada de que cualquier acción de reembolso frente a STRA., S.L. se habría transferido a la adquirente de la unidad productiva. La sentencia acoge la pretensión rescisoria de la administración concursal, sin modificar la causa de pedir.

Tampoco se extralimita la sentencia, cuyo fallo se ajusta a lo postulado en la demanda. La jurisprudencia, de forma reiterada, tiene declarado que la congruencia consiste en el ajuste o adecuación entre la parte

dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, de tal manera que no puede darse más de lo pedido en la demanda ni otorgar otra cosa diferente (sentencia del TS de 2 de noviembre de 2009). La condena al pago de 728.000 euros se incluye en el suplico de la demanda, por lo que no existe incongruencia. Cuestión distinta es si resulta procedente, como efecto de la rescisión, la devolución de aquella suma, extremo que se valorará al analizar, en su caso, las consecuencias jurídicas derivadas de la reintegración.

CUARTO.- La apelante, en segundo lugar, niega legitimación *ad causam* a la administración concursal, dado que, en virtud de la venta de la unidad productiva a ROV., S.L., se habría transmitido a dicha entidad el derecho al reembolso de la fianza en los términos convenidos en el contrato de arrendamiento de 2004. La sentencia de instancia, por el contrario, rechaza la pretendida subrogación de ROV., S.L. en la posición contractual de la concursada y, en definitiva, que se produjera una cesión de contrato, con sus derechos y obligaciones, argumentación que este tribunal comparte. En efecto, la escritura pública de 31 de julio de 2009 de compraventa de la unidad productiva (documento nueve de la demanda) no contempló la cesión del contrato de arrendamiento, que hubiera exigido la intervención del arrendador. El 17 de septiembre de 2009 se firmó un nuevo contrato de arrendamiento entre STRA., S.L. y ROV., S.L. (documento nueve); y aun cuando en el expositivo tercero se menciona que la escritura de venta contempló que el adquirente "quedaba facultado para llegar a un acuerdo con el propietario de la nave para subrogar el contrato de arrendamiento" (folio 171), en realidad se trata de un contrato nuevo, absolutamente desvinculado del anterior, en el que se pacta una renta menor, con sus propias condiciones de pago (estipulación segunda), una duración inferior (estipulación cuarta) y, en general, unas condiciones distintas e incompatibles con el contrato inicial de 2004.

Ningún derecho adquirió ROV., S.L. en relación con la fianza prestada en su día por BOS., S.L., fianza cuya devolución quedaba condicionada al cumplimiento de lo pactado por la concursada en el contrato de 2004. Por tanto, de existir un derecho al reembolso, este corresponde, sin ninguna duda, a la concursada.

QUINTO.- Para examinar si la renuncia de la concursada a la devolución de la fianza, que se cedió a Don G.T. en pago de la indemnización debida por aquélla, resultó perjudicial para la masa activa, conviene precisar en qué términos se pactó la restitución de la fianza y qué convinieron las partes en el acuerdo objeto de rescisión.

En este sentido, en el contrato de arrendamiento suscrito el 6 de julio de 2004 entre la concursada BOS., S.L. y STRA., S.L. (documento once de la demanda, al folio 175), la primera, en su condición de arrendataria, entregó a la segunda, como arrendadora, 1.040.000 euros "para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el presente contrato de arrendamiento". En realidad la fianza se prestó en garantía del cumplimiento del plazo –doce años de contrato-, tal y como resulta de la estipulación tercera. De ahí que las partes convinieran que la restitución de la fianza se realizaría de forma progresiva, mediante un pago anual de idéntico importe (una décima parte del total recibido) y siempre que el arrendatario no desistiera del contrato antes de que concluyera el plazo.

Por su parte en abril de 2008 BOS., S.L. reconoció un derecho de crédito a favor de Don G.T., administrador único de STRA., S.L., de 1.190.000 euros, crédito que está reconocido en el concurso como subordinado, salvo en la parte que fue abonada. En el acuerdo que se impugna de 15 de abril de 2008 (documento trece de la demanda), las partes convinieron pagos anuales de 104.000 euros, con vencimientos los días 1 de julio de 2008 a 2017, esto es, coincidiendo con los pagos parciales que BOS., S.L. debía percibir de STRA., S.L. por la devolución de la fianza.

En dicho acuerdo BOS., S.L. "exime" a STRA., S.L. de devolver, "a sus respectivos vencimientos", la garantía prestada en el contrato de arrendamiento (pacto segundo, al folio 201). A pesar de que en el pacto cuarto se alude a que, en los vencimientos pactados, quedarían compensados los saldos de BOS., S.L. frente a STRA., S.L., con los de Don G.T. frente a BOS., S.L., no cabe hablar técnicamente de compensación, tal y como se indica en el recurso de apelación. En efecto, de los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil se desprende que **la compensación es un modo de extinción de las obligaciones entre personas recíprocamente acreedoras y deudoras, en donde no se realiza la prestación, sino que cada uno de los obligados se entiende satisfecho al quedar exonerado de la deuda que está obligado a cumplir frente al otro.** El

artículo 1.196 exige que las dos deudas estén vencidas y que sean líquidas y exigibles. De ahí que en el presente caso la compensación, como forma de pago, no se llegara a producir, dado que BOS., S.L. no era directamente deudora de STRA., S.L. –lo era y sigue siendo de su administrador- y por cuanto la obligación de restitución de la fianza de STRA., S.L. frente a BOS., S.L. **ni estaba vencida en su totalidad ni era exigible**. Buena prueba de que la compensación no produjo sus efectos es que Don G.T. figura como acreedor en la lista y por el importe de la indemnización.

SEXTO.- En definitiva, lo que las partes convinieron en el acuerdo de 15 de abril de 2008 es una cesión del crédito que ostentaba BOS., S.L. frente a STRA., S.L., cesión que se pactó en pago de la indemnización debida a Don G.T., administrador de STRA., S.L.. BOS., S.L. renunció a la devolución de la fianza, que se destinaría a saldar la deuda de la concursada con aquél.

No hubo pago por compensación, sino cesión de un derecho de cobro en pago de una indemnización debida, que sólo quedaría saldada en la medida que fueran venciendo los plazos de devolución de la fianza y BOS., S.L. cumpliera lo pactado en el contrato de arrendamiento.

Se trata de analizar, por tanto, si esta cesión de derechos, con renuncia al reembolso frente a STRA., S.L., en pago de una deuda con G.T., persona vinculada con la concursada, constituye un acto perjudicial para la masa activa por implicar un trato de favor a dos acreedores en perjuicio del conjunto. Aun cuando en la sentencia de instancia se aluda a una extinción de obligaciones con vencimiento posterior a la declaración de concurso, supuesto en el que el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario (artículo 71.2º de la Ley Concursal), dicha situación no se dio, dado que la compensación no se produjo y el crédito del Sr. G.T. continúa figurando en la lista de acreedores.

SÉPTIMO.- Descartada la presunción del artículo 71.2º, la operación impugnada debe analizarse a la luz del artículo 71.1º de la LC, que declara en general rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. Aun cuando no se invoque en la demanda, que se sustenta en el primero de los preceptos citados, debe presumirse el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, por tratarse de una cesión de derechos a título oneroso a favor de persona especialmente vinculada con el deudor (artículo 71.3º, apartado primero).

La sentencia de instancia justifica el perjuicio patrimonial en un trato de favor a STRA., S.L. y a Don G.T., que estima injustificado. En este sentido, en cuanto al concepto de perjuicio, venimos sosteniendo un concepto amplio, que englobe tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores (sentencias de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010). La alteración de la *par condicio creditorum* puede determinar el carácter perjudicial del acto pues, como señala esta última sentencia, “en estos casos el perjuicio se derivaría propiamente de un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, que en definitiva han de determinar un resultado de favorecimiento a quien debía concurrir al concurso en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese pago, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada”.

Pues bien, la renuncia a la devolución de la fianza, derecho que se cedió a Don G.T. en contraprestación por la indemnización debida, ha de presumirse perjudicial para la masa activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71.3º-1º. La concursada, dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, transfirió un derecho de crédito a una persona especialmente relacionada, otorgándole un trato de favor. Ciertamente, el perjuicio es más limitado del que se deduce de la sentencia de instancia, dado que, como venimos exponiendo, el pago por compensación no se produjo al no concurrir los requisitos exigidos en el artículo 1.196 del Código Civil. El crédito de Don G.T. no se ha extinguido y figura en el concurso, por lo que la cesión no ha reportado a la masa beneficio alguno. Por todo ello debe confirmarse en este punto la sentencia de instancia, que declara ineficaz el acto impugnado.

OCTAVO.- Sin embargo, los efectos de la rescisión no pueden ser los que se fijan en la resolución recurrida. BOS., S.L. no renunció, como consecuencia de la cesión, a una cantidad determinada entregada en concepto de fianza y que necesariamente debía restituir STRA., S.L. **El derecho al reembolso, regulado en el contrato de arrendamiento de 6 de julio de 2004, no era incondicional, sino que se supeditaba a que se mantuviera vigente el contrato, esto es, a que el arrendatario no desistiera anticipadamente. Es evidente que la condición no se ha cumplido y, en consecuencia, puede ponerse en cuestión si la fianza debe ser restituida o, cuando menos, si debe serlo en su integridad.**

La sentencia que estima la acción de reintegración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73.1º de la Ley Concursal, produce como efecto la recíproca restitución de las prestaciones. Esto es, debe restablecerse la situación previa al acto impugnado. En la demanda la administración concursal reclama 728.000 euros, suma que se corresponde con las anualidades posteriores a la declaración del concurso. Tal pretensión, como se viene exponiendo, no pueda ser acogida dado que BOS., S.L. no ostentaba un derecho incondicional sobre dicha suma. En consecuencia, **la restitución a la situación inmediatamente anterior a la renuncia implica que BOS., S.L. recupera su derecho al reembolso en los términos convenidos en el contrato de arrendamiento de 6 de julio de 2004.** No es competencia de este tribunal ni se postula en la demanda resolver la acción de reembolso. Deberá ser en el procedimiento que corresponda donde se valore si la concursada conserva algún derecho sobre la fianza o si, por apartarse anticipadamente del contrato, carece de cualquier derecho de acuerdo con lo pactado en las estipulaciones cuarta y quinta del contrato. Como se afirma en el recurso, **el único derecho que recuperaría la concursada –la recurrente considera que le corresponde a la adquirente de la unidad productiva- es el de ejercitar una acción de reclamación de cantidad exigiendo el cumplimiento del contrato de arrendamiento del año 2004.** Por todo ello, con estimación parcial del recurso de apelación, debe dejarse sin efecto la condena a STRA., S.L. al pago de 728.000 euros.

NOVENO.- Estimado parcialmente el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer condena en costas de esta alzada. Y en cuanto a las costas de primera instancia, al acogerse sólo parcialmente la demanda, tampoco es procedente hacer pronunciamiento alguno.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 376/2012, de **16 de Noviembre de 2012.**

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: El **reparto de dividendos** constituye un acto de disposición a título oneroso, y, aunque implique una disminución patrimonial sin contraprestación, es consecuente con la causa del contrato de sociedad, y *per se*, no es rescindible.

Al **valorar el perjuicio** deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad.

Se deben aportar las **pruebas suficientes** para que el reparto constituya un sacrificio patrimonial injustificado. Debe probarse, en el momento del reparto, la concurrencia de una situación de insolvencia tributaria, o la de acreedores con créditos vencidos y exigibles, cuyo derecho se habría defraudado por el reparto de beneficios de los socios.

El lapso temporal de un año y medio que media entre el acto susceptible de rescisión y la presentación del concurso, es un elemento a valorar la concurrencia del perjuicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La administración concursal formuló un incidente concursal en el que ejercitaba dos acciones acumuladas, una de nulidad y otra, subsidiaria, de rescisión prevista en el art. 71 LC, con respecto al acto de pago de dividendos a cuenta a favor de los socios de la concursada I.H., S.L., por importe de 475.000 €, acordado en junta general de socios celebrada el 31 de diciembre de 2007.

2. Los hechos básicos incontrovertidos son los siguientes.

a) En junta general extraordinaria y universal de la sociedad concursada celebrada el 31 de diciembre de 2007 se acordó por unanimidad la distribución de dividendos entre los socios por importe de 475.000 €, a cuenta del resultado positivo de ese mismo ejercicio.

b) El pago efectivo a los socios se efectuó el 8 de enero de 2008.

c) En la posterior junta general de fecha 30 de abril de 2008 se acordó la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio de 2007 y aplicar el resultado positivo del ejercicio, de 541.253,82 €, a reparto de dividendos en la cuantía de 540.000 €.

d) Las cuentas anuales de ese ejercicio, cerradas al 31 de diciembre, recogen en el pasivo del balance el dividendo entregado a cuenta a los socios por importe de 475.000 €, sin ninguna mención en la memoria.

Tales cuentas anuales (documento 8 de la demanda) reflejan un activo por la cifra total de 980.889 €; consta en el activo una tesorería por 693.487 €; fondos propios por 70.131 €; capital social de 3.100 €; unos beneficios obtenidos en el ejercicio por 541.253,82 €, y está contabilizado, como se ha dicho, el reparto de dividendos a cuenta por - 475.000 €.

e) Los socios de la concursada son las siguientes personas jurídicas:

- K.I., S.L., con el 98 % del capital;
- K.I., S.L., con el 1 %; y
- G.B., S.L.U., con el 1 %.

f) El concurso voluntario de dicha sociedad fue declarado por auto dictado el 8 de septiembre de 2009 (la solicitud está fechada el 3 de julio).

3. La demanda pretendía, con carácter principal, la nulidad del pago de dividendos por vulneración del art. 216 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (actual art. 277 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), que regula el reparto de dividendos a cuenta del resultado del ejercicio en los siguientes términos:

“Cantidades a cuenta de dividendos

La distribución entre los accionistas de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones:

a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria.

b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados”.

La administración concursal (AC) admitía en su demanda que esta segunda exigencia fue cumplida, pues el resultado del ejercicio de 2007 es positivo por importe de 541.253,82 €.

Pero, alega, no se cumplió el primer requisito, ya que en la memoria de las cuentas anuales de 2007 no se deja constancia de la distribución de dividendos a cuenta ni se incluye el estado contable que hubo de formularse en su momento a fin de poner de manifiesto que existía liquidez suficiente para la distribución de dividendos a cuenta. La falta de este requisito –señalaba la demanda- impide tener por justificada la existencia de liquidez para hacer la distribución, aunque –admitía, no obstante- cabe concluir que si la concursada procedió al pago de los dividendos a cuenta es que contaba con liquidez, a la vista de su inclusión en el balance de las cuentas anuales de 2007.

Sobre la base de esta vulneración normativa, la AC solicitaba la declaración de nulidad del pago de dividendos y la condena de los socios a reintegrar a la sociedad las cantidades percibidas.

4. Subsidiariamente, ejercitaba la acción de rescisión prevista en el art. 71 LC por entender que el reparto de dividendos a cuenta, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, constituye un acto perjudicial para la masa activa, en atención a que: (a) comporta una minoración de la masa activa que perjudica a los acreedores; y (b) imposibilitó el pago de créditos vencidos de otros acreedores, que han quedado insatisfechos, vulnerando así el principio de *“par conditio creditorum”*. Así es porque –alegaba-, en el momento en que se realizó el pago (8 de enero de 2008), la Agencia Tributaria ostentaba un crédito vencido contra la concursada por importe de 202.535,89 €, correspondiente al impuesto de sociedades del ejercicio de 2007 (documento 12, consistente en la comunicación de créditos de la AEAT en el concurso).

Invocaba la AC el art. 71.1 LC y el apartado 4 de este mismo precepto, a tenor del cual, no siendo aplicables las presunciones de perjuicio para la masa establecidas en los apartados 2 y 3, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

SEGUNDO. 5. La sentencia de primera instancia parte de los hechos que se han fijado como incontrovertidos y tiene por probado, además, que (conforme a la contabilidad social) la sociedad disponía, a fecha 31 de diciembre de 2007, de tesorería suficiente para realizar el reparto y pago de dividendos, aunque no se hace constar en la memoria, si bien sí se refleja en el balance de las cuentas anuales. Considera que el estado contable a que se refiere el art. 216 TRLSA fue emitido con posterioridad a la junta de 31 de diciembre de 2007; sin embargo, está acreditado que la sociedad tenía resultados positivos en ese momento y el reparto de dividendos a cuenta se ajustó a ese resultado positivo; el defecto observado sería de anulabilidad y la acción de impugnación habría caducado.

En todo caso, la sentencia rechaza la acción de nulidad, que considera planteada con carácter “abstracto” y perfiles imprecisos. La AC no ha impugnado este pronunciamiento, por lo que queda excluido de la revisión de la segunda instancia.

6. Centrada la controversia en la acción de rescisión concursal (art. 71.1 LC), sin invocación de ninguna presunción legal de perjuicio, el juez mercantil termina por estimarla y condena a la restitución del dividendo repartido, por considerar que la decisión de repartir dividendos, si bien en su momento pudo ser válida y eficaz, desde la perspectiva del concurso deviene perjudicial para la masa activa, pues no era una decisión obligatoria para la sociedad, de modo que podría no haberse adoptado y haber dotado de mayores reservas a la compañía; desde la perspectiva del concurso fue un acto perjudicial para el patrimonio de la sociedad, que afectó a su situación patrimonial, y sus destinatarios son personas especialmente relacionadas con la concursada.

7. El recurso de la parte demandada se dirige a **rebatir la noción de perjuicio patrimonial que adopta la sentencia, e insiste en su ausencia** en atención a los fundamentos y concretas circunstancias que a continuación trataremos.

TERCERO. 8. Hemos considerado en anteriores sentencias que el art. 71 LC admite una noción de perjuicio que no se reduce a los **actos que de modo directo o estricto produzcan una disminución del patrimonio neto del deudor (es decir, minoración del activo sin correlativa minoración de su**

pasivo), como sucedería en los actos de disposición a título gratuito y, tratándose de negocios onerosos, cuando no exista equivalencia económica entre las prestaciones.

El concepto de perjuicio para la masa activa admite, también, una acepción amplia o indirecta, comprendiendo aquellos actos que supongan una infracción, por alteración, del principio de paridad de trato de los acreedores (*par condicio creditorum*), cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro, es decir, un perjuicio a la *masa de acreedores*, que se podrá apreciar si el acto, contrato o negocio cuestionado, por las circunstancias en que tiene lugar, implica un trato favorecedor o beneficioso *injustificado* para un acreedor que debía concurrir al procedimiento concursal en igualdad de condiciones que los restantes acreedores, los cuales, de no haber existido ese acto, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.

En este sentido el perjuicio es presumido por la LC en el apartado 2, con carácter *iuris et de iure*, y en el apartado 3, *iuris tantum*, del art. 71, al establecer como presunciones legales ciertos supuestos de favorecimiento a acreedores, así mediante la anticipación del pago de deudas no vencidas a la fecha de declaración del concurso o por la constitución de garantías reales a favor de deudas preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.

9. El momento a tener en cuenta para determinar si un acto tiene carácter perjudicial para la masa ha de ser el de la **realización del acto en cuestión**, valorando las concretas circunstancias que en ese momento relevante concurrían y que pueden justificarlo, y no propiamente el de la declaración del concurso o el del ejercicio de la acción de rescisión, a lo que no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explica en función de la posterior apertura de un procedimiento de concurso. Supone simplemente que **deben valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la ejecución del acto, prescindiendo de acontecimientos o circunstancias producidas con posterioridad** (por ejemplo, modificaciones afectantes al valor de los bienes o a la posición del acreedor beneficiario del acto).

10. Debe tenerse presente que el **reparto de dividendos** no constituye un acto de disposición a título gratuito (de hecho, la AC actora no invoca la presunción de perjuicio establecida *iuris et de iure* por el art. 71.2 LC, por tratarse de actos de dicha naturaleza), sino un **acto de disposición a título oneroso** (como hemos mantenido en nuestra sentencia de 9 de febrero de 2012 y en la más reciente de fecha 19 de noviembre, rollo 303/2012). **La participación en los beneficios es la contraprestación que percibe el socio por sus aportaciones a la sociedad; se configura por la Ley como un derecho abstracto que deviene en un derecho de crédito concreto una vez acordado el reparto por la junta general. Mediante el reparto de dividendos se hace efectiva la causa jurídica y económica del contrato de sociedad, cuyo fin último es la obtención de un lucro por los socios, esto es, el reparto entre ellos de las ganancias obtenidas por la actividad económica de la sociedad.**

11. Como acto de disposición oneroso es cierto que origina una merma en el patrimonio de la **sociedad**, en la medida en que las ganancias o una parte de ellas se desplazan al patrimonio de los socios y no se integran en los fondos propios de la sociedad como reservas voluntarias (presupuesto que la reserva legal ha quedado cubierta y no hay pérdidas de ejercicios anteriores que enjugar o compensar), para fortalecer así la capacidad patrimonial del ente social.

Pero, **aunque implique una disminución patrimonial**, que no tiene como contrapartida una prestación de equivalente valor que se integre en el patrimonio social, **no por ello debe quedar en todo caso sometido el acuerdo de repartir dividendos y el efectivo pago a la ineficacia por rescisión por el mero hecho de la posterior declaración de concurso de la sociedad**. No es propiamente un *acto debido* (ciertamente, como la sentencia apelada razona, la junta no estaba obligada a adoptar el acuerdo de reparto), pero es un **acto de disposición a título oneroso acorde y consecuente con la causa del contrato de sociedad, en este sentido justificado en abstracto, y que satisface un derecho que la Ley reconoce al socio.**

Las anteriores valoraciones impiden compartir el criterio conforme al cual la posterior declaración de concurso de la sociedad, *per se*, determina necesariamente que el acto de disposición a título oneroso consistente en el reparto de dividendos, realizado dentro de los dos años anteriores, debe ser rescindido en todo caso por comportar una minoración patrimonial, prescindiendo del examen de las circunstancias concurrentes, que pueden justificar concretamente el acuerdo y pago en un contexto de normalidad económica y patrimonial.

12. En el supuesto de **reparto de dividendos**, se trata de valorar, de un lado, la **coyuntura económica, financiera y patrimonial de la sociedad para determinar si el acuerdo y el pago no suponían, entonces, un sacrificio injustificado para el patrimonio de la sociedad que luego será declarada en concurso, incluida la eventualidad de favorecer de manera injustificada a los socios, satisfaciendo su derecho a participar en las ganancias, en detrimento de otros acreedores con créditos vencidos y exigibles que, con posterioridad, por razón de esos mismos créditos, han de quedar sometidos a las reglas concursales para su cobro.**

De otro lado (como hemos considerado en nuestra sentencia de 19 de noviembre, rollo 303/2012), es necesario valorar, a estos efectos, la **regularidad legal del acuerdo conforme a la normativa societaria**. En términos generales, el incumplimiento de los requisitos exigidos por el TRLSC en materia de reparto de dividendos o anticipos a cuenta (arts. 273, 275 y 277), que buscan mantener unos ratios de cobertura del patrimonio neto en relación con el capital social o garantizar una situación de liquidez suficiente, justificará, por sí mismo, la rescisión del acuerdo, al margen de las acciones que puedan promoverse ante el propio juez del concurso para exigir la restitución de lo indebidamente percibido, si se dan los presupuestos del art. 278 TRLSC. Dichas exigencias legales buscan preservar la solvencia de la sociedad, protegiéndola frente a escenarios económicos más adversos que pudieran producirse. En tales casos, la merma patrimonial derivada del reparto de dividendos sería, por ilegal, injustificada.

13. En cuanto a la **carga de la prueba del perjuicio**, al ser los demandados socios de la sociedad entraría en juego la **presunción *iusuris tantum* que establece el art. 71.3.1º LC, por tratarse de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada**. Uno de los socios tiene una participación superior al 10 % del capital social (art. 93.2.1º LC) y si bien los otros dos socios cuentan tan sólo con un 1 %, la presunción sería igualmente aplicable. La circunstancia de concurrir personas vinculadas con otras que no merecen legalmente esta consideración no puede determinar la aplicación de regímenes jurídicos distintos; o el perjuicio se presume salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse.

No obstante, la parte actora no ha invocado expresamente la presunción de perjuicio establecida por dicho precepto, sino el art. 71.4 LC, asumiendo, por tanto, la carga de la prueba del perjuicio. En cualquier caso, de aplicarse el art. 71.3.1º LC, la solución al litigio sería la misma, porque entendemos que, en atención a las circunstancias concurrentes, según revelan las actuaciones, la presunción habría sido eficazmente combatida.

CUARTO. 14. La demanda denuncia una irregularidad de orden legal que afecta al acuerdo de reparto de dividendos a cuenta, integrando así uno de los factores que pueden dar lugar a considerar injustificada la disminución patrimonial, por lo que, a estos efectos, procede analizar su incidencia.

Alega la AC el incumplimiento del primero de los requisitos que establece el art. 216 TRLSA (art. 277.a TRLSC) para que proceda la distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos: *“Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria”*.

Lo que la demanda afirmaba es que ese estado contable del que ha de resultar la existencia de liquidez suficiente para la distribución no se incluyó posteriormente en la memoria de las cuentas anuales. No denunciaba la demanda que el estado contable no existiera o no se hubiera confeccionado en su día para ser sometido a la junta que aprobó el reparto a cuenta.

La sentencia estima que el estado contable de liquidez se ha emitido *a posteriori*, pese a que “*el notario indicó que se había cumplido con esa formalidad*”. La alusión a la intervención de un notario, en este caso inexistente, permite dudar de que la valoración del juez se refiera efectivamente al presente litigio, pero en todo caso el estado contable fue aportado a las actuaciones junto con el acta de la junta (f. 204-206) y no existe ningún dato que pueda fundar la apreciación de que dicho estado contable haya sido emitido con posterioridad a la junta.

15. La irregularidad radica en que, contrariando el último inciso de la norma, ese **estado contable no se ha incluido posteriormente en la memoria de las cuentas anuales de 2007**, aprobadas por junta de 30 de abril de 2008. Ello no obstante, el **balance de las cuentas anuales recoge efectivamente el reparto de dividendos a cuenta entregado en el ejercicio.**

En cualquier caso, **la exigencia legal de que el estado contable se incluya posteriormente en la memoria de las cuentas anuales no afecta a la validez del previo acuerdo social de repartir dividendos a cuenta sino, propiamente, a las cuentas anuales.** Es una formalidad a llenar con posterioridad al acuerdo y al reparto (a la hora de confeccionar las cuentas anuales del ejercicio), cuya omisión no ha de provocar con efecto retroactivo la nulidad del acuerdo precedente.

16. De otro lado, **la demanda no imputa al acuerdo de reparto y consiguiente pago de dividendos a cuenta** la vulneración del segundo requisito exigido por el art. 216 (art. 277.b TRLSC), y tampoco que, conforme al primero, no existiera liquidez suficiente para el pago. La existencia de liquidez suficiente para la distribución está acreditada (y así lo estima la sentencia apelada) sobre la base de la documentación contable y listados de cuentas corrientes aportadas a los autos, de los que resulta que la sociedad contaba con una tesorería disponible por importe de 693.381 € (89.215,58 € en la cuenta del Banco de Sabadell, documento 2; más 604.165,83 € en la cuenta del BBVA, documento 3), más la previsión de cobro de un pagaré por importe de 281.600 €, que fue efectivamente abonado a la sociedad el 18 de enero de 2008 (documentos 4, 5 y 6).

QUINTO. 17. En relación con el **contexto económico, financiero y patrimonial** existente al tiempo de aprobarse el reparto y del efectivo pago (prácticamente coincidentes en el tiempo), que podría determinar el **carácter injustificado del desplazamiento patrimonial o la alteración del principio de paridad de trato entre los acreedores**, no se ha alegado ni probado que en esa época (diciembre 2007 / enero 2008) **concurriera ya la situación de insolvencia tributaria de la declaración de concurso**, ni que tal situación fuera previsible, como **tampoco la concurrencia de acreedores con créditos vencidos y exigibles, cuyo derecho se habría defraudado en beneficio de los socios, o del socio principal**, que habría eludido concurrir al concurso con una posición subordinada.

A estos efectos, la AC apunta, únicamente, la existencia de un acreedor, la AEAT, por la liquidación del impuesto de sociedades del ejercicio de 2007, por importe de 159.501 €, que resultó impagada, debiendo concurrir la AEAT al concurso invocando dicho crédito con sus intereses y recargos (documento 12 de la demanda).

No obstante, es cierto (así resulta de la documentación aportada; documento 12) que a la fecha del pago de los dividendos (8 de enero de 2008) la cuota del impuesto (por 159.501 €) no estaba vencida, sino que vencía seis meses después, **el 25 de julio de 2008, y el activo circulante, incluyendo la tesorería a la sazón existente, permitía, aun después del reparto, en principio, atender esta deuda.**

Valoramos así mismo **la distancia temporal entre el reparto de dividendos a cuenta y la solicitud y declaración del concurso (media un año y medio).**

18. Reconocemos que la cuestión es dudosa, porque, declarada por el administrador una liquidez de unos 975.000 € al 31 de diciembre de 2007, y previendo (en el estado contable) el devengo y vencimiento del impuesto, seis meses después no existe saldo en la cuenta bancaria designada para el pago (certificación de la AEAT, aportada en fase de prueba), **sin que se haya aportado ninguna razón que**

explique la carencia de liquidez al cabo de tan escaso lapso de tiempo, cuando, tras el reparto, debiera quedar remanente suficiente para atender su pago (así lo exige el art. 277.b TRLSC). Así mismo, según las cuentas anuales, la cuenta de acreedores a corto plazo alcanza los 910.757 €, y el activo circulante 975.087 € (que incluye tesorería por 696.487 €); estas cifras, que deben cotejarse para prever la capacidad económica de la compañía en orden a satisfacer su pasivo corriente, resultan un tanto ajustadas para poder justificar un reparto de dividendos a cuenta o definitivo que cubre casi todo el beneficio del ejercicio.

Estas dudas no nos permiten estimar la acción de rescisión, por falta de prueba concluyente de un sacrificio patrimonial injustificado (prueba que asumió la AC en su demanda), pero sí permiten excusar la condena en costas (art. 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 341/2012, de 18 de Octubre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La noción de **perjuicio para la masa**, del artículo 71 LC, no sólo se deriva del perjuicio directo, sino también del indirecto, es decir, de aquellos actos que quiebren el **principio de paridad de trato** de los acreedores, provocando una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro.

Así, pagos hechos a los tres únicos socios y administradores de una sociedad, en época muy próxima al concurso (tres meses), suponen un trato de favor injustificado porque les permite eludir el principio de igualdad de pérdidas respecto de los restantes acreedores - *par condicio creditorum*-, así como el tratamiento subordinado propio de su crédito en el contexto concursal, causando un **perjuicio a la masa indirecto**, en la medida en que los restantes acreedores, con preferencia de cobro en el seno del concurso, de no haber existido los pagos impugnados, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción de una cuota de satisfacción más elevada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La administración concursal (en adelante, AC) de C.C., S.L., mediante este incidente concursal, instó la rescisión de los pagos que consideró realizados por la concursada, en concepto de sueldos y salarios, a sus tres administradores y socios únicos, los codemandados don F.F.R., don R.G.R. y don J.R.C., en fecha 8 de octubre de 2008 y a lo largo de 2007 -dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Según la AC, con los pagos referidos se les había hecho efectivo un salario neto de 3.000 pesetas mensuales, al que debían unirse las retenciones por IRPF, cotizaciones a la Seguridad Social, regularización de autónomos y aportación a plan de pensiones. El total ascendería a 286.260,23 euros.

La AC negaba que los pagos pudieran incardinarse en el artículo 71.5 de la Ley concursal (LC), ya que las nóminas lo eran por el concepto de administrador y los estatutos sociales no preveían retribución del cargo. Invocaba el artículo 71.2 LC, que presume el perjuicio patrimonial sin admitir prueba en contrario cuando se trate de actos de disposición a título gratuito. Alegaba asimismo la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3.1 LC, actos dispositivos a título oneroso a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado.

2. Los demandados se opusieron a la demanda alegando, en síntesis: que durante el ejercicio de 2007 la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia y que solamente a final del ejercicio de 2008 se produjeron las primeras reclamaciones contra C.C., S.L.; que los administradores no cobraban en tal concepto, sino por su relación laboral, ya que eran los tres únicos trabajadores de la compañía; que se

trata de actos ordinarios de la actividad empresarial, del artículo 71.5 LC; que no son actos a título gratuito y que en ningún caso ha existido perjuicio patrimonial.

3. La sentencia del juzgado mercantil estima que los pagos enjuiciados corresponden a retribuciones en concepto de administración, sin previsión legal ni estatutaria alguna, que constituyen actos de disposición a título gratuito, en que el perjuicio se presume sin admisión de prueba en contra. No consta acuerdo de la junta general de la sociedad que haya establecido una relación de prestación de servicios por parte de los administradores demandados ni existe contrato al efecto, sin que, por otra parte, se haya acreditado qué actividades han realizado los Sres. F.F.R., R.G.R. y J.R.C. que excedan de las propias de gestión, dirección y representación de la compañía. El Sr. magistrado aplica el artículo 71.2 LC y acoge íntegramente la demanda.

4. En el recurso de apelación de los demandados se desarrollan los argumentos ya sostenidos en la primera instancia.

5. Entrando a examinar el recurso, procede establecer, en primer término, algunos hechos relevantes no controvertidos:

1) El concurso voluntario de C.C., S.L. se declaró el 29 de enero de 2009. Se había solicitado el 9 de enero de 2009.

2) Con fecha 8 de octubre de 2008, consta una anotación contable en el libro diario de la sociedad por importe de 137.378,69 euros, en la cuenta denominada *Sueldos y salarios*, según la cual, don F.F.R. percibe 44.467,12 euros; don R.G.R., 44.444,45 euros y don J.R.C., 46.467,12 euros. Cada administrador percibe, tras el pago de retenciones y cotizaciones, 36.000 euros. Según precisa la AC, corresponderían al pago de salarios de 2008, a razón de 3.000 euros mensuales.

3) Durante el ejercicio 2007, cada uno de los demandados percibió una suma líquida de 36.000 euros, correspondiente a 3.000 euros mensuales.

4) La AC señaló -y no se ha cuestionado- que estos pagos se habían realizado con habitualidad en los ejercicios anteriores (2006 y 2005).

5) La sociedad, desde 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2008, no tuvo trabajadores. Así resulta de los documentos 2 y ss. aportados con la contestación a la demanda. La AC, en su informe de 4 de abril de 2009, constató que la compañía no tenía trabajadores en régimen general y señaló que la concursada había manifestado -y la AC no lo rebatía- que los administradores mancomunados, que constaban como autónomos, percibían una nómina y eran la única plantilla de la empresa.

6) En esencia, la actividad de la sociedad consiste en la adquisición de inmuebles para su rehabilitación y posterior enajenación a terceros (informe de la AC).

6. El artículo 71.1 LC establece que, “[d]eclarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”.

La parte apelante invoca de nuevo el artículo 71.5.1 LC, con arreglo al cual, en ningún caso podrán ser objeto de rescisión “los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales”.

Sin embargo, en este caso, la modalidad de los pagos efectuados, unida al hecho de que quienes los recibían reunían en sí la condición de administradores y de socios únicos de la compañía, nos impide apreciar que estemos ante actos ordinarios realizados en condiciones normales. Según se desprende de los documentos aportados al incidente -y no ha sido desvirtuado por los demandados, pese

a la evidente facilidad probatoria-, la percepción de los salarios no ha tenido periodicidad mensual ni ninguna otra fija, sino que se ha efectuado mediante entregas de sumas elevadas, aunque resultara como *promedio* -así lo expone la propia parte apelante- un salario de 3.000 euros mensuales netos, en los ejercicios de 2007 y 2008.

7. Por otra parte, **tampoco consideramos que se trate de actos de disposición a título gratuito (artículo 71.2 LC)**. No se ha discutido que el cargo de administrador de C.C., S.L. tenía carácter no retribuido, en consonancia con el artículo 66 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL) y con la ausencia de previsión al respecto en los estatutos de la sociedad. Los demandados alegan que se les retribuía el desempeño de la actividad de compra, rehabilitación y venta de inmuebles que constituye el objeto social. Su alegación de que, en 2007 y 2008, eran las únicas personas que trabajaban en la empresa -en la que venían prestando sus servicios desde la constitución, en 2003- no ha sido negada por la AC. A esa misma conclusión se llega a partir de los documentos aportados al contestar la demanda, conforme a los cuales la concursada, desde su constitución, solamente ha tenido tres trabajadores contratados temporalmente durante los años 2003 a 2006.

No se ha cuestionado que, como señala la recurrente, **la actividad de la compañía consistía en buscar fincas, negociar con los propietarios y con las entidades financieras, contratar empresas que construyeran o rehabilitaran las fincas que luego serían vendidas, cuidar de la buena ejecución de las obras y de la comercialización posterior, junto con la labor administrativa de documentación, contabilidad, etc.** La sociedad alcanzó, en 2007, un volumen de ventas de 1,3 millones de euros y, en el primer semestre de 2008, de 0,6 millones. En el momento de presentarse la solicitud de concurso, C.C., S.L. disponía de un activo patrimonial superior a 4 millones de euros, cifras éstas que deben tenerse en cuenta al enjuiciar los pagos mensuales de 3.000 euros netos a cada demandado. En definitiva, **los tres administradores, además de las funciones gratuitas propias de la administración, desarrollaban tareas de prestación de servicio que eran retribuibles.**

Los apelantes, admitiendo que, como pone de relieve la sentencia del juzgado, no existe el acuerdo de la junta general que exige el artículo 67 LSRL para la relación de prestación de servicios a la sociedad, lo justifican porque se trata de una sociedad personalista, en que **los tres socios ostentan participaciones prácticamente iguales, ninguno alcanza el 50 % del capital social, y actúan mancomunadamente como administradores.** Estimamos que, en ese contexto y a los efectos concretos del procedimiento de reintegración, el defecto no es determinante y basta con la constancia de que se venían confeccionando las nóminas y contabilizando su importe, en los términos expuestos.

8. La AC invocaba también el artículo 71.3.1 LC que presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial para la masa activa cuando se trate de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. El artículo 93.2.1º LC considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, entre otros, los socios que sean titulares de, al menos, un diez por ciento del capital social. Esta condición se da en los tres demandados apelantes Sres. F.F.R., R.G.R. y J.R.C., cada uno de los cuales ostenta el 33,33% del capital social de C.C., S.L..

Recae sobre los demandados la carga de acreditar que los pagos no fueron perjudiciales para la masa activa. Y, en este punto, tanto en el análisis que efectúa la parte apelante como en el de la AC, se distingue entre los pagos realizados en 2007 y los realizados en 2008.

9. Por lo que respecta a los pagos de 2007, el conjunto de datos fácticos acreditados en el procedimiento nos conduce a concluir que no fueron perjudiciales para la masa activa, en la medida que constituyeron la contraprestación, en cuantía que no se estima desproporcionada, del trabajo desarrollado por los demandados para la sociedad.

Es cierto que, como señala el Sr. magistrado en la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero) y como este mismo tribunal ha observado con frecuencia, **para las acciones de reintegración no es necesario que el deudor se halle en situación de insolvencia en el momento de ejecutarse el acto perjudicial o que se coloque en tal estado como consecuencia del acto: basta que el acto se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y se considere perjudicial para la masa activa.** Indiscutido el primer requisito, la apreciación del segundo exige, sin embargo, en nuestro caso, **valorar el contexto en que los pagos se llevaron a cabo para analizar si, desde la perspectiva de aquel momento -no desde la actual de insolvencia ya declarada-, el pago se debe considerar perjudicial.**

De las cuentas anuales de C.C., S.L. correspondientes al ejercicio 2007 aportadas a los autos (documento 79 de la demanda), se desprende que, al cierre del ejercicio, **los fondos propios de la compañía, con un capital social de 200.466 euros, ascendían a 237.312,71 euros, y los beneficios obtenidos, a 6.537,78 euros.** El mismo año 2007, los socios cuyas retribuciones aquí se discuten habían suscrito una nueva ampliación de capital de la sociedad por importe de 100.455,74 euros (informe de la AC). Ya en su informe inicial, la AC dio por buenas las causas del concurso expuestas en la memoria presentada por la concursada. Más tarde, en su informe de calificación de concurso fortuito, de 23 de febrero de 2011, la AC expone que "de hecho, C.C., S.L. se vio abocada a solicitar el concurso ante el cambio sufrido en el mercado inmobiliario a partir de finales de 2007 y el cambio de criterio de las entidades bancarias que empezaron a denegar créditos o hipotecas para la adquisición de inmuebles; ello comportó que la concursada, como promotora, no pudiera vender sus pisos por la falta de financiación de sus posibles clientes y, de poder hacerlo, su valor se encontraba desmesurado (condicionado por la carga hipotecaria) en relación al valor de mercado en aquel momento."

Atendido el conjunto de datos expuestos, concluimos que la retribución correspondiente a las mensualidades de 2007, en la medida que era contraprestación de los servicios efectivamente prestados por los Sres. F.F.R., R.G.R. y J.R.C. para C.C., S.L., no ha causado perjuicio directo ni indirecto a la masa activa.

10. No cabe afirmar lo mismo respecto de los pagos de 2008. **Los demandados apelantes admiten que, durante el ejercicio 2008, C.C., S.L. dejó de cumplir con determinadas obligaciones frente a sus acreedores.** Aunque ponen a cargo de la AC la acreditación del momento del ejercicio en que se produce el sobreesimiento en los pagos de la concursada, lo cierto es que, **por efecto de la presunción del artículo 71.3.1., pesa sobre los demandados y no sobre la AC acreditar que no hubo perjuicio y, por tanto, acreditar, en su caso, la situación en que tuvo lugar el desplazamiento patrimonial.**

En sentencias anteriores (por todas, la de 8 de enero de 2009) hemos considerado que **la noción de perjuicio para la masa, en torno a la cual se articulan las previsiones del artículo 71 LC, no sólo se reduce al perjuicio patrimonial directo o en sentido estricto, que incluiría los actos que de modo directo producen una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito), sino que también alcanza a aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro.**

Es posible que los pagos de 2008 a los administradores no causaran un perjuicio patrimonial directo, ya que la disminución del activo tuvo como contraprestación la actividad desarrollada por los demandados a favor de la sociedad -aunque, como señala el Sr. magistrado, correspondía a los administradores demostrar que las concretas prestaciones desarrolladas eran justa contraprestación de lo recibido, lo que no puede considerarse acreditado respecto de 2008, a la vista de la crisis de la actividad de la empresa. Pero lo que consideramos incuestionable es que los pagos efectuados a favor de los Sres. F.F.R., R.G.R. y J.R.C., en octubre de 2008 -fecha establecida como probada en la sentencia del juzgado y no cuestionada en el recurso, cuya alegación tercera remite a los hechos probados de aquella sentencia-, causaron un perjuicio a la masa, cuando menos indirecto.

Ese perjuicio se derivaría de haberse atribuido los tres únicos socios y administradores de C.C., S.L., en época muy próxima al concurso, un trato de favor injustificado, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes. En el caso en examen, ese trato injustificadamente privilegiado permitiría a los demandados eludir, no ya el principio de igualdad de pérdidas respecto de los restantes acreedores *-par condicio creditorum-*, sino el tratamiento subordinado propio de su crédito en el contexto concursal. Se causaría un perjuicio a la masa activa en la medida en que los restantes acreedores, con preferencia de cobro en el seno del concurso, de no haber existido los pagos impugnados, hallarían una masa activa que les permitiría la percepción, en hipótesis, de una cuota de satisfacción más elevada.

Por todo lo expuesto, se estima solamente en parte el recurso de apelación. A partir de los pagos de octubre de 2008 declarados probados en la sentencia del juzgado, la condena a la reintegración ascenderá, en el caso de don F.F.R. a 44.467,12 euros; en el de don Ramon Gabarron Rubio, a 44.444,45 euros y en el de don J.R.C., a 46.467,12 euros.

11. Estimado, en parte, el recurso de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC). Tampoco se imponen las costas de la primera instancia, atendida la estimación parcial de la demanda (artículo 394.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 378/2012, de 19 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Existe un ineludible **derecho al dividendo del socio** y el deber correlativo de la sociedad a hacérselo efectivo. Se considera abusiva la actuación de la junta de privar de forma sistemática al socio minoritario de sus derechos a percibir los beneficios sociales. Hay un derecho de separación cuando la junta no acuerde la distribución de dividendos.

Para ver si el reparto de dividendos constituye un **perjuicio a la masa**, se debe analizar las circunstancias que concurrían cuando se realizó el acto, descartando que la sola declaración de concurso permita deshacer, por perjudicial para la masa, cualquier acuerdo de distribución de beneficios.

Cuando el dividendo se distribuye con cargo a reservas en junta extraordinaria es preciso el requisito material de que el valor del patrimonio neto contable se mantenga, una vez producido el reparto, por encima de la cifra del capital social (art. 213 TRLSA).

Si debido al **reparto de dividendos** los fondos propios o patrimonio neto pasan a ser inferiores a la cifra de capital social, ese reparto es ilegal y además perjudicial a efectos del art. 71 LC ya que para ello basta con que se realice dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso y que determine un sacrificio patrimonial injustificado.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia en la STS de 27 de octubre de 2010 según la cual el **concepto de perjuicio**, es un concepto amplio, que engloba tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores (Sentencias de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010). El perjuicio, en definitiva, es un concepto jurídico que se ha de dotar de contenido en cada caso concreto, partiendo de la percepción general de perjuicio como **sacrificio o detrimento patrimonial injustificado**.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Administración Concursal de A.A., S.A., al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, promueve acción de rescisión del acuerdo adoptado en junta general celebrada el 27 de marzo de 2008 de distribución de dividendos a favor de los accionistas. La acción se sustenta en los siguientes hechos no controvertidos, que se recogen en lo sustancial en el fundamento de derecho primero de la sentencia.

1º) La entidad A.A., S.A. fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 8 de julio de 2009.

2º) El 27 de marzo de 2008 se celebra junta general de accionistas en la que se acuerda “abonar a los accionistas un dividendo extraordinario con cargo a la cuenta de reservas voluntarias de la sociedad, por la suma de 609.750 euros, que se harán efectivas en proporción al porcentaje de participación de cada accionista”. Así resulta del certificado del acta de la sociedad concursada que se aporta como documento uno.

3º) Entre los días 6 y 14 de mayo de 2008 se hacen efectivas las siguientes cantidades: a BLA., S.L., cuyas acciones representan el 51,07% del capital social, 311.399,68 euros; a I.D.E., 178.047,20 euros por el 29,20% del capital social; a L.B., S.L., 59.328,75 euros por el 9,73% del capital social; y a A., S.A. 60.975,07 euros por el 10% del capital social.

4º) El acuerdo de distribución de dividendos quedó contabilizado en concepto “pago de dividendos” mediante el correspondiente apunte contable en el estado de ingresos y gastos de 2008, reflejándose en el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2008.

SEGUNDO.- La administración concursal sostuvo en su demanda que no se cumplieron los requisitos exigidos en el artículo 216 de la LSA para el reparto de beneficios a cuenta del ejercicio. En efecto, dado que los beneficios finalmente no se produjeron, nos encontraríamos ante una irregularidad sobrevenida que debe determinar la restitución de lo indebidamente percibido. Al entender de la administración concursal, el reparto de dividendos es perjudicial para la masa activa, concurriendo la presunción de perjuicio del artículo 71.2º de la Ley Concursal, al tratarse de un acto de disposición a título gratuito. Subsidiariamente, habría que aplicar la presunción *iuris tantum* del artículo 71.3º-1º, por tratarse de actos de disposición a favor de personas especialmente relacionadas con la concursada, circunstancia que concurre en las tres demandadas que ostentan un porcentaje de capital social superior al 10% (artículo 93.2º de la Ley Concursal). De manera más subsidiaria y por lo que se refiere a L.B., S.L., cuya participación en el capital social no alcanza dicho porcentaje, el deber de restitución de lo indebidamente percibido estaría justificado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 278 de la LSC, acción que puede ser ejercitada por la administración concursal conforme a lo previsto en el artículo 71.6º de la LC.

A la acción rescisoria se opuso la parte demandada por los argumentos que esgrimió en el escrito de contestación y que se expondrán sucintamente al analizar el contenido del recurso de apelación.

TERCERO.- La sentencia de instancia, tras analizar la posición de una y otra parte, estima la acción rescisoria al concluir que el reparto de dividendos por importe de 610.000 euros supuso una “clara disminución del patrimonio de la sociedad”, que poco más de un año después fue declarada en concurso. La sentencia, en cualquier caso, descarta que nos hallemos ante un acto de disposición a título gratuito y sí, por el contrario, ante un acto a título oneroso. No considera relevante, por otro lado, un aspecto en el que discreparon las partes: si el reparto del dividendo lo fue a cuenta del resultado del ejercicio o con cargo a reservas. Aun cuando el acuerdo fuera correcto desde la perspectiva de la Legislación de Sociedades, señala la sentencia, la declaración de concurso convierte en perjudicial un acto que, en condiciones normales, podía no serlo, atendida la merma en el patrimonio de la sociedad.

CUARTO.- La parte demandada recurre en apelación la sentencia reiterando argumentos que esgrimió en su escrito de contestación. Así y en primer lugar, señala que, en contra de lo afirmado por la administración

concursal, el reparto de dividendo lo fue con cargo a reservas, no a cuenta del ejercicio. El acuerdo adoptado, además, respetó los requisitos formales y legales para dicho reparto. También sostiene que se adoptó en un contexto favorable para la sociedad, que no afectó a la situación económico-financiera de la sociedad y que no incidió en su solvencia, respondiendo a una práctica habitual en la compañía. En segundo lugar la demandada alega que el perjuicio patrimonial debe conectarse con el concepto de sacrificio patrimonial injustificado y que debe valorarse en el momento en que se realiza el acto y no al tiempo de declararse el concurso o con ocasión de la demanda incidental. Por último sostiene que los informes periciales acreditan la inexistencia de perjuicio.

QUINTO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, “cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. De no existir dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).

SEXTO.- La administración concursal sostuvo en su demanda que el acuerdo de distribuir dividendos a cuenta constituye un acto de disposición a título gratuito que ha de presumirse perjudicial para la masa activa, sin admitir prueba en contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.2º de la Ley Concursal.

La sentencia de instancia, con buen criterio, descartó aplicar la presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial. En ese mismo sentido nos pronunciamos en nuestra anterior sentencia de 9 de febrero de 2012. La participación en los beneficios es la contraprestación que percibe el socio por sus aportaciones a la sociedad. Por tanto el acto no es a título gratuito, sino que la retribución del socio tiene por causa su previa aportación al capital social. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de de 19 de marzo de 1997 (ROJ 2028/1997), es “**indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos**”, derecho en abstracto que se convierte en un derecho de crédito concreto cuando la junta general acuerda su distribución (STS de 30 de enero de 2002, ROJ 529/2002).

Ese derecho al dividendo del socio y el deber correlativo de la sociedad a hacerlo efectivo, ha llevado a la jurisprudencia del TS a considerar abusiva la actuación de la junta de privar de forma sistemática al socio minoritario de sus derechos a percibir los beneficios sociales (SSTS de 26 de mayo de 2005 y 7 de diciembre de 2011). Y tal derecho se ha visto reforzado en la Ley de Sociedades de Capital, cuyo artículo 348 bis reconoce al socio un **derecho de separación cuando la junta no acuerde la distribución de dividendos** en las circunstancias contempladas en dicho precepto.

Ahora bien, siendo los demandados socios de la sociedad, ha de entrar en juego la presunción de perjuicio patrimonial del artículo 71.3-2º, **por tratarse de un acto de disposición a título oneroso realizado a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor**. Tres de los demandados tienen una participación social en la concursada superior al 10%, supuesto contemplado en el artículo 93.2-1º de la Ley Concursal, y el cuarto, L.B., S.L., es titular del 9,73% de las acciones. La concurrencia de personas vinculadas con otras que no lo son, no determina, como sostiene la demandante, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. **O el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse. Y, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que si al menos uno de los beneficiarios es persona vinculada con el deudor, la presunción ha de alcanzar al conjunto.**

SEPTIMO.- La sentencia de instancia prescinde de las circunstancias económicas existentes en el momento

en que se acordó el reparto de dividendos y elude también analizar la regularidad del acuerdo, esto es, si el mismo cumplió con los requisitos exigidos por el TRLSA. Según se afirma en el **fundamento de derecho tercero, el reparto de dividendos, aun siendo válido en situación no concursal, se convierte en perjudicial por la sola declaración de concurso, dado que no se cuestiona la merma patrimonial.**

Ello obliga a analizar qué debe entenderse por perjuicio patrimonial y en qué momento debe valorarse. En este sentido, en cuanto al **concepto de perjuicio**, venimos sosteniendo un **concepto amplio, que englobe tanto aquellos actos que lesionan o menoscaban directamente la masa activa, como aquellos otros en los que, manteniéndose la equivalencia de las prestaciones, se altera el principio de la paridad o la igualdad de trato entre los acreedores** (sentencias de 8 de enero de 2009 y 13 de enero de 2010). El **perjuicio, en definitiva, es un concepto jurídico que se ha de dotar de contenido en cada caso concreto, partiendo de la percepción general de perjuicio como sacrificio o detrimento patrimonial injustificado**, concepto del que hemos hablado reiteradamente y que también ha sido acogido por la STS de 27 de octubre de 2010.

En cuanto al **momento en que debe valorarse la existencia del perjuicio**, apartándonos en este punto de la sentencia de instancia, hay que estar a las **circunstancias concretas que concurrían cuando se realizó el acto rescindible y no, por el contrario, a la fecha de la declaración del concurso o a la del ejercicio de la acción**. Así se deduce del elenco de actos que se describen como perjudiciales en el artículo 71 y de los efectos de la rescisión, que se regulan en el artículo 73, efectos que se anudan a la buena o mala fe del tercero en el momento de contratar con el concursado. Ello no obsta que la rescisión del acto por perjuicio a la masa se explique en función de la posterior apertura del procedimiento concursal.

OCTAVO.- La necesidad de valorar el perjuicio en el momento en que se adoptó el acuerdo nos impide **compartir el criterio del juez "a quo"**, para quien la declaración de concurso transmuta en perjudicial e injustificado un acto de disposición válido y que pudo realizarse en una situación de normalidad económica y patrimonial.

De entenderse así todo acuerdo de distribución de dividendos, realizado dentro del periodo sospechoso de dos años que fija el artículo 71 de la Ley Concursal, sería por esencia rescindible y, por tanto, debería necesariamente ser rescindido, sin necesidad de indagar la validez del acuerdo y las circunstancias que llevaron a su adopción.

Entendemos, por el contrario, que es **preciso delimitar el ámbito de la rescisión en supuestos como el enjuiciado, distinguiendo según que el acto provocara o no un sacrificio patrimonial injustificado a la sociedad. Para ello habrá que valorar la regularidad del acuerdo, conforme a la normativa societaria, y la coyuntura económica o las circunstancias que rodeaban a la sociedad en el momento de su aprobación.**

En términos generales, el incumplimiento de los requisitos exigidos por la LSC, en materia de reparto de dividendos o anticipos a cuenta (artículos 273, 275 y 277), que buscan mantener unos ratios de cobertura del patrimonio neto en relación con el capital social o garantizar una situación de liquidez suficiente, justificará, por sí mismo, la rescisión del acuerdo, al margen de las acciones que puedan promoverse ante el propio juez del concurso (artículo 71.7º de la LC) para exigir la restitución de lo indebidamente percibido si se dan los presupuestos del artículo 278 de la LSC. Dichas exigencias legales buscan preservar la solvencia de la sociedad, protegiéndola frente a escenarios económicos más adversos que pudieran producirse. En tales casos, la merma patrimonial derivada del reparto de dividendos sería, por ilegal, injustificada.

Pero no solo eso. Acuerdos formal y materialmente válidos, de acuerdo con la Legislación de Sociedades, pueden ser rescindidos si se estiman perjudiciales para la masa activa conforme al concepto de perjuicio patrimonial que venimos defendiendo. Así ocurriría, por ejemplo, si, al tiempo de adoptarse el acuerdo, la sociedad tuviera otros acreedores que resultaran marginados o si el reparto de dividendos hubiera contribuido de forma efectiva a la generación de la insolvencia.

En nuestra anterior sentencia de 9 de febrero de 2012 (SAP B 9034/2012) ya nos pronunciamos en el sentido

de analizar las circunstancias que concurrían en el momento en que se adoptó el acuerdo –en aquel caso, la rescisión prosperó por producirse el reparto de dividendos en una situación de falta de liquidez-, descartando que la sola declaración de concurso permita deshacer, por perjudicial para la masa, cualquier acuerdo de distribución de beneficios.

NOVENO.- En consecuencia, es necesario analizar en qué consistió el acuerdo que se impugna y si se ajustó o no a las exigencias del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas por entonces vigente. La administración concursal considera que la distribución de dividendos se efectuó a cuenta de los beneficios del ejercicio 2008 y, por tanto, que debió sujetarse al régimen jurídico del artículo 216 de la LSA (artículo 277 de la LSC). Y, dado que éstos finalmente no se produjeron, el anticipo fue irregular (irregularidad sobrevenida), por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la LSA (actual artículo 278 de la LSC), debe restituirse lo irregularmente percibido.

Entendemos, por el contrario, que **la distribución de dividendos se acordó en junta extraordinaria y que se efectuó con cargo a reservas voluntarias de libre disposición**. Así resulta de la propia acta de la junta (documento uno de la demanda, al folio 10), en la que, bajo la rúbrica “pago de dividendo extraordinario con cargo a reservas voluntarias” (acuerdo primero), los socios deciden “abonar a los accionistas un dividendo extraordinario con cargo a la cuenta de reservas voluntarias de la sociedad, por la suma de 609.750,70 euros, que se harán efectivos en proporción al porcentaje de participación de cada accionista”.

También se desprende, por otro lado, del informe pericial del perito Don Gregorio Andreu (folio 134) -que incurre en un error material al mencionar el artículo 216, cuando transcribe el artículo 213-, y, fundamentalmente, del informe pericial de KPMG, en cuyo contenido se ratificó la perito Sra. F. (minuto 1:13), informe elaborado a instancias de BLA., S.L.. Según refiere dicho informe, **si nos encontrásemos ante un dividendo a cuenta, figuraría en la contabilidad como un componente negativo de los fondos propios hasta que no se efectúe el reparto de los beneficios definitivos** (extremo 4.1.2º). Sin embargo, en las cuentas anuales auditadas de A.A., S.A. del ejercicio finalizado a 31 de diciembre de 2008, **los dividendos no figuran registrados como dividendos a cuenta, sino que aparecen reflejados directamente como menor valor de las reservas, que es el tratamiento contable que debe darse a esa clase de dividendos**. Todo ello fue corroborado por la perito en el acto de la vista (minuto 1:14:29).

Ello es así a pesar de la confusa mención que realiza el auditor en el informe de auditoría de las cuentas anuales e informe de gestión del ejercicio 2008 (documento dos de la demanda, al folio 14), en cuyo punto 7º se recoge el acuerdo de la Junta, reflejado en la Memoria, de repartir 610.000 euros de dividendos “con cargo a reservas voluntarias”, para mencionar a continuación el artículo 217 del TRLSA, que regula el deber de restitución de dividendos o de las cantidades a cuenta de los dividendos.

DÉCIMO.- Por tratarse de un dividendo con cargo a reservas, resulta de aplicación el artículo 213 del TRLSA, y no el artículo 216, precepto éste que contempla mayores exigencias –elaboración de un estado contable, situación de liquidez o limitaciones en función del resultado de ejercicios anteriores-. De acuerdo con el primero de los artículos citados, **“una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto contable no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social”** (apartado segundo).

A diferencia de los anticipos a cuenta de los beneficios esperados en el propio ejercicio (artículo 216 de la LSA), no es necesario que la sociedad realice un balance *ad hoc* cuando el dividendo se distribuye con cargo a reservas en junta extraordinaria, como es el caso. Si es preciso, por el contrario, el requisito material de que el valor del patrimonio neto contable se mantenga, una vez producido el reparto, por encima de la cifra del capital social.

El informe de auditoría del ejercicio 2008, tras reflejar que se “desconocen” los efectos que sobre el patrimonio tuvo la distribución de dividendos y sin haber analizado la situación patrimonial de la empresa a 27 de marzo de 2008, llega a afirmar que “la sociedad no disponía de patrimonio neto suficiente para realizar esta distribución”. Sin embargo semejante afirmación no se sustenta en dato

alguno, lo que obliga a analizar el **patrimonio neto** en aquella fecha a partir de las conclusiones de las dos periciales aportadas por las demandadas. No se toma en valor, a estos efectos, la declaración del testigo Don Fernando Sarasola, atendida su vinculación con BLA., S.L., socia mayoritaria de la concursada.

En este sentido, el informe de Don Gregorio Andreu analiza el **patrimonio neto de la compañía tras el pago del dividendo, concluyendo que supera en 395.780,30 euros el capital social** (folio 134). Sin embargo, valorando las conclusiones del perito según las reglas de la sana crítica (artículo 347 de la LEC), no podemos aceptar tal conclusión, que entendemos desmentida con los estados financieros elaborados a 31 de marzo de 2008 –tres días después de la junta-, que obran en el informe pericial de KPMG (anexo 5 del informe y extremo 4.2.1 de la página 6). No se alcanza a entender cómo el perito Sr. Andreu determina el patrimonio neto a partir de los fondos propios referidos al balance del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2007, cuando es de suponer que pudo tener a su disposición, al igual que la perito de KPMG, los estados financieros intermedios, coincidentes en el tiempo con la fecha de adopción del acuerdo. Y mucho menos se explica por qué, a partir de un balance efectuado tres meses antes, sólo contempla dos operaciones que prácticamente se neutralizan; un ingreso de 707.400 euros procedente de R.C. y el pago de 609.750,70 euros por dividendos. Es seguro que fueron múltiples las operaciones que determinaron variaciones en el patrimonio.

Mayor crédito nos merece el informe de KPMG, que tenía por objeto analizar no tanto el impacto patrimonial del reparto de dividendos cuanto evaluar la situación financiera de la concursada a 27 de marzo de 2008 y las causas que originaron la situación de insolvencia. Ello no obstante, en el acto de la vista la perito fue preguntada al efecto por el letrado de la administración concursal (minuto 1:23), contestando, en actitud dubitativa, que creía que no. Como hemos señalado, el informe de KPMG contiene un cuadro en la página seis con el balance de situación a 31 de diciembre de 2007, 31 de marzo de 2008 y 31 de diciembre de 2008. En la primera de las fechas indicadas (cierre del ejercicio 2007), el patrimonio neto ascendía a 14.843.000 euros, cantidad superior al importe del capital social -14.544.000 euros-. Las reservas por entonces ascendían a 3.836.000 euros. A 31 de marzo de 2008, esto es, tres días después de acordarse la distribución, el patrimonio neto se incrementa en poco más de 100.000 euros, hasta 14.958.000 –suma que excede en 400.000 euros el importe del capital social-. Sin embargo, de forma indebida, las reservas se mantuvieron estables en 3.836.000 euros, cuando deberían haberse minorado en los 610.000 repartidos a los socios. La deducción no aparece reflejada hasta el balance cerrado a 31 de diciembre de 2008, aunque es de suponer que ya operó en el balance correspondiente al segundo trimestre. **Computada la deducción el 27 de marzo de 2008, el patrimonio neto habría quedado en 14.348.000 euros, suma inferior al capital social.**

Pero es más, la auditoría del ejercicio 2007 (anexo 2 del informe de KPMG) contiene la siguiente salvedad: “la Sociedad activó el impuesto anticipado, correspondiente a las pérdidas fiscales provisionales del ejercicio 2005, por importe de 1.289 miles de euros. El saldo pendiente de amortizar al 31 de diciembre de 2007 asciende a 1.200 miles de euros, aproximadamente. Las expectativas de la Sociedad, en cuanto a los resultados futuros, no aseguran la realización de resultados positivos a corto plazo, por lo que la activación del impuesto anticipado no está de acuerdo con el principio de prudencia valorativa”. El perito Gregorio Andreu no lo consideró en su informe y en el acto de la vista le quitó trascendencia, pese a reconocer que la salvedad ya figuraba en las cuentas del ejercicio 2006 (minuto 1:10). La Sra. F. también fue preguntada sobre dicho extremo admitiendo que, de no haberse activado dicha partida por 1.200.000 euros, el patrimonio neto sería sustancialmente inferior al capital social (minuto 1:25). No se pronunció por la regularidad del asiento por no disponer de elementos de juicio (minuto 1:24).

En definitiva, dado que **ninguno de los peritos valoró aquella salvedad, ha de prevalecer el criterio del auditor, que consideró que la activación de dicha partida no era acorde al principio de prudencia valorativa.** Debe tenerse en cuenta que la Normas de Registro y Valoración del Plan General de Contabilidad, en el apartado 13 (impuesto sobre beneficios), establece que “de acuerdo con el principio de prudencia valorativa sólo se reconocerán activos por impuesto diferido en la medida que resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales que permitan la aplicación de estos activos” (punto 2.3º), estando obligada la sociedad a reconsiderar al cierre de cada ejercicio ese activo, dándolo de baja si no resulta probable su recuperación. A.A., S.A. tuvo pérdidas en el año 2005 –se desconoce su importe-, en el año 2006 (2.489.000 euros), en el año 2007 (3.706.000) y en el año 2008 (3.538.000), por lo que en el año 2009 la

partida fue desactivada, extremo que corroboró la perito Sra. F. en la vista (minuto 1:25). Es decir, **no era probable que la concursada tuviera beneficios fiscales en los sucesivos ejercicios y no debió activarse el impuesto anticipado.**

UNDÉCIMO.- En consecuencia, **los fondos propios a 27 de marzo de 2007 eran inferiores a la cifra del capital social en una cantidad muy superior a los 610.000 euros que se repartieron como dividendos. La distribución de dividendos, por tanto, fue irregular, por contravenir lo dispuesto en el artículo 213 del TRLSA. Con ello se incrementó el riesgo de insolvencia, al acrecentarse la exposición de la sociedad a situaciones económicas más desfavorables como las que se produjeron ese mismo año 2008.**

El informe pericial de KPMG, que analiza la situación económico-financiera de A.A., S.A. en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2009, describe un panorama de relativa normalidad económica en el momento en el que se adoptó el acuerdo hoy impugnado. Los indicadores de rentabilidad, solvencia y liquidez eran similares al promedio de su sector. El informe también desvincula el reparto de dividendo con la situación de insolvencia que se evidenció en el año 2009, que atribuye al cierre de las líneas de crédito, a una drástica disminución de las ventas a partir del mes de agosto de 2008, consecuencia de las crisis de los sectores del automóvil y de la construcción, y al hecho de que no se materializara la opción de compra suscrita con R.C., que hubiera generado importantes plusvalías.

Entendemos, sin embargo, que **por infringir el acuerdo el artículo 213 de la LSA, dado que el patrimonio neto de la compañía quedó por debajo del capital social, el acto de disposición, además de ilegal, resultó perjudicial para la masa activa.** El neto patrimonial, antes y después de adoptarse el acuerdo, era inferior al capital social, como hemos expuesto, en una cantidad superior a la repartida a los socios. No se respetó, por tanto, el sistema de protección del capital social que diseña dicho precepto, sistema que impone preservar un mínimo patrimonial antes de que los socios participen en los beneficios o de las reservas.

En cuanto a las consideraciones de la perito sobre la situación económica y financiera de la sociedad, debe recordarse que la Ley Concursal no exige que el **acto perjudicial para la masa** se realice en situación de insolvencia. Tampoco requiere que sea su desencadenante. **Basta con que se realice dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso y que determine un sacrificio patrimonial injustificado.**

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso.

DECIMOSEGUNDO.- Coincidimos con el *juez a quo* que la cuestión litigiosa suscita serias dudas de hecho y de derecho, por lo que no es procedente hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas procesales de ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la LEC). Las primeras alcanzan a la situación patrimonial de la empresa a 27 de marzo de 2008 y las segundas a la cuestión relativa al encaje de la Legislación Societaria en el marco de la acción de reintegración y al juego de las presunciones.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 428/2012, de 18 de Diciembre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: El pago a un gestor para que este atienda a su vez pasivos de la sociedad es susceptible de rescisión si finalmente el gestor no acredita el destino dado a esos fondos.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El administrador concursal (AC) de C.M., S.L. ejercita contra la concursada y contra G.H.C. una acción de reintegración concursal en solicitud de que se reintegren a la masa del concurso los pagos efectuados por la concursada al Sr. G.H.C. entre el 22 de enero de 2007 y el 15 de octubre de 2007 por un importe total de 48.400 euros.

2. El Sr. G.H.C., único demandado en principio, opuso la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda contra la concursada y contra la Tesorería General de la Seguridad Social y contra la Agencia Tributaria, destinatarias estas últimas de los pagos. En cuanto al fondo opuso que no se trató propiamente de pagos sino de provisiones de fondos que se le hicieron a fin de que los aplicara a los destinos que le indicaba el administrador de la sociedad concursada y que consistían en hacer pagos de deudas con la Agencia Tributaria y con la Seguridad Social. Y eso fue lo que hizo, aplicar las cantidades siguiendo las indicaciones recibidas del cliente.

3. El juzgado mercantil, después de haber ordenado la subsanación del defecto de litisconsorcio respecto de la concursada, único que apreció, estimó en parte la demanda considerando que el demandado había acreditado haber dado destino a parte de las cantidades recibidas para pagar deudas de la concursada; no obstante, estimó en parte la demanda y condenó al demandado a reintegrar la parte de los fondos (28.890 euros) cuya aplicación no se había acreditado.

4. El recurso del Sr. G.H.C. se funda en los siguientes motivos:

a) Infracción procesal, por haberse vulnerado lo establecido en los arts. 72 LC y 420.4 LEC, ya que no puede considerarse correctamente subsanado el defecto de constitución de la litis.

b) Incongruencia, por haberse fundado la sentencia en una causa de pedir distinta a la invocada en la demanda.

c) Recibió las cantidades en concepto de provisión de fondos y las aplicó siguiendo las concretas indicaciones del administrador de la sociedad. Ha acreditado que, además de los pagos que la sentencia ha estimado acreditados, ha hecho otros correspondientes a deudas del administrador Sr. Jiménez o de sociedades del grupo con la Agencia Tributaria o la Tesorería de la Seguridad Social.

SEGUNDO. 5. En su primer motivo de recurso, alega el Sr. G.H.C. violación de lo establecido en los arts. 72 LC y 420.4 LEC, ya que no puede considerarse correctamente subsanado el defecto de constitución de la litis, por cuanto lo único hecho por el AC fue presentar una nueva copia de la demanda inicial integrando en ella a la concursada, pero sin interesar nada frente a ella.

6. Si bien es cierto que la demanda no fue inicialmente planteada de forma correcta, pues el AC únicamente demandó al Sr. G.H.C., podemos considerar subsanado el defecto, como hizo el juzgado mercantil, a pesar de que es cierto que la nueva demanda (la ampliación frente a la concursada) es formalmente objetable porque ni siquiera se molestó el demandante en modificar el suplico. No obstante, **la modificación del encabezamiento en el que se incluye a la concursada nos parece suficiente para tener por subsanado el defecto.**

Por otra parte, no es relevante que no se haya ejercitado pretensión de manera formal contra la concursada porque resulta claro que la misma se encuentra implícita en la atípica solicitud de nulidad de los pagos y en la solicitud de condena a la reintegración concursal. Lo que propiamente ejercitó la parte no fue una acción de nulidad sino una acción de reintegración y es obvio que el pronunciamiento declarativo debe entenderse solicitado tanto frente al Sr. G.H.C., que fue quien recibió los pagos, como frente a quien los hizo, la propia concursada.

TERCERO. 7. El segundo motivo denuncia incongruencia afirmando que la sentencia se ha basado en una causa de pedir distinta a la invocada en la demanda. Se desarrolla el motivo con la alegación de que la demanda se autocalifica de "demanda incidental de rescisión contractual" y se cita el art. 71.2 LC haciendo referencia a los pagos de obligaciones cuyo vencimiento es posterior a la declaración del concurso. No obstante, **la sentencia, después de considerar explícitamente que los pagos que se pretenden rescindir no corresponden a obligaciones que entren en el art. 71.2 LC, aplica sin más la norma del art. 71.1 LC.**

8. Es cierto también que la demanda es formalmente objetable desde esta perspectiva, como indica el recurso, hasta el extremo de que no resulta fácil deducir la acción que se ejercita, particularmente por la referencia poco afortunada que se realiza en su encabezamiento a que se deducía una demanda incidental de “rescisión contractual”. No obstante, **su lectura, particularmente la del suplico y la de su fundamentación jurídica, claramente llevan a la idea de que lo único cometido por el AC es un error material o *lapsus calammii*, al calificar la rescisión de “contractual” en lugar de “concursal**”. Ese error es evidente y no impedía a la demandada conocer que estaba contestando una acción de reintegración concursal, como se deriva con claridad de sus alegaciones defensivas.

9. Tampoco consideramos que la resolución recurrida haya incurrido en **incongruencia** al fundar o justificar la estimación de la demanda. Es cierto que el **art. 218.1, pfo. 2.º LEC impide que el tribunal pueda apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos a los que las partes “hayan querido hacer valer”**. Lo que no compartimos es que el tribunal se haya apartado de la causa de pedir invocada en la demanda por el hecho de haber acudido a un apartado distinto del art. 71 del citado en la demanda, porque la invocación contenida en el último de los párrafos de los fundamentos jurídicos de la demanda, como toda la demanda, es muy poco rigurosa y no la podemos considerar como realmente indicativa de la concreta voluntad del demandante de invocar la presunción *iuris et de iure* del art. 71.2 LC. La demanda cita ese apartado del artículo 71 como podría haber citado cualquier otro, esto es, sin que guarde relación alguna con los hechos que fundan la acción ejercitada. Por consiguiente, y atendido que, en este caso, son los hechos los que consideramos que encierran la voluntad de la parte actora (no los fundamentos jurídicos), **no podemos considerar que el juzgado haya incurrido en incongruencia cuando del relato fáctico de la demanda se deriva que la razón por la que se considera que los pagos eran reintegrables es porque aparecían en la contabilidad de la concursada como partidas pendientes de aplicación, esto es, porque su destinatario no había dado cuenta a la concursada de los conceptos a los que esos pagos se habían aplicado**.

CUARTO. 10. El tercero de los motivos del recurso alega que existe una vinculación entre la concursada y otras sociedades del grupo, tales como L., S.L., L.C., S.L., I.C., S.L. y A.C., S.L. y que el administrador común de todas ellas y de la concursada le ordenó que pagara deudas tributarias y de seguridad social de algunas de esas sociedades con cargo a provisiones de fondos hechas por la concursada, única empresa que conservaba actividad en aquel momento. Como gestor al que se le encargaba atender esas obligaciones se limitó a hacer lo que los administradores le indicaron. Algunos de esos pagos (por importe de 19.510,94 euros) ya han sido reconocidos en la resolución recurrida, que los ha deducido del importe de la condena; otros, en cambio, no, si bien sostiene el recurrente que todos los fondos recibidos fueron aplicados siguiendo las indicaciones del Sr. Jiménez, administrador de la concursada, si bien únicamente ha podido encontrar justificantes de los correspondientes a 44.393,06 euros, razón por la que únicamente le restan justificar 4.006,94 euros.

11. Efectivamente, la resolución recurrida ha considerado hechos pagos de deudas de sociedades distintas de la concursada, particularmente de L., S.L., o bien pagos hechos por cuenta del Sr. J., si bien no los ha reputado hechos con cargo a las cantidades provisionadas al gestor Sr. G.H.C. por parte del administrador de la concursada, el Sr. J.. Únicamente ha imputado los pagos hechos por cuenta de la concursada, concretamente, tres pagos: (i) 5.845,62 euros el día 26/1/07; (ii) 265,32 euros el día 31/1/07; y (iii) 13.400 euros el día 14/6/07.

No obstante, no ha considerado que otros pagos que el Sr. G.H.C. también afirma realizados con cargo a esos fondos lo hayan sido realmente. El juzgado mercantil razona que el demandado no ha aportado medios probatorios que le hubieran permitido acreditar esos hechos, razón por la que debe soportar la carga de su falta de acreditación. El recurso combate esa apreciación probatoria y afirma que existe una pluralidad de pagos adicionales que también deben imputarse a esa provisión de fondos.

12. No podemos negar que tendría razón el recurrente en el caso de que efectivamente hubiera acreditado que siguió indicaciones del administrador de la concursada e hizo pagos con fondos de ésta correspondientes a deudas de terceros. En tal caso, esto es, si pudiéramos tener por acreditada la veracidad de esos hechos, no habría nada que imputar al gestor, pues es obvio que el mismo no es más

que un mero mandatario que debe seguir las indicaciones de su mandante. Por consiguiente, **caso de haberse hecho pagos de forma indebida, no sería el mandatario sino el mandante el responsable. Pero, no acreditado que se atuviera a los estrictos términos del mandato, no podemos presumir que esos pagos se hicieron siguiendo las indicaciones del mandante cuando no son pagos hechos en beneficio del propio mandante, esto es, la concursada, sino de su administrador o bien de otras sociedades que, aunque relacionadas con la concursada por razón de tratarse de sociedades en las que participa el administrador de la concursada, son sociedades distintas.** Que exista probabilidad de que al hacer esos pagos el gestor siguiera las indicaciones de la sociedad concursada no es suficiente, en un contexto como el descrito, porque **el principio de la normalidad no nos permite presumir que los pagos fueran efectivamente ordenados con cargo a una provisión de fondos realizados por una sociedad distinta a la beneficiaria directa de los pagos. Lo normal es lo más acorde a la norma y el pago de deudas de terceros, sin ser contrario a la norma, no es lo más acorde a ella, razón por la que requiere prueba cumplida.**

Por consiguiente, debemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida desestimando el recurso.

QUINTO. 13. No procede hacer imposición de las costas al apelante, a pesar de haber sido desestimado el recurso, conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, y atendidas las dudas de hecho que el caso plantea.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 10/2013, de 15 de Enero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La existencia de una **dación en pago del crédito** resulta perjudicial para la masa activa de la concursada cuando altera la *par condicio creditorum*, en beneficio de un acreedor. Ello ocurre con el cobro de inmuebles vendidos mediante la compensación de la deuda, y con la voluntad consciente y exteriorizada por parte de la acreedora de darse por pagada con unas plazas de aparcamiento entregadas.

A efectos del artículo 71.5.1 LC, no podrá ser considerada una operación de venta y pago al acreedor como **acto ordinario de la actividad empresarial** realizado en condiciones normales, cuando el vendedor no percibe el precio de la compraventa, sino que **compensa la deuda del comprador con el crédito de otra sociedad del grupo.**

Asimismo, para aplicar las consecuencias de la **mala fe del acreedor** que prevé el artículo 73.3 LC, es preciso que se haga en un contexto de rescisión de contratos bilaterales con obligaciones recíprocas. Si la rescisión recae sobre un negocio jurídico unilateral, como una dación en pago, no se puede considerar su aplicación.

FONAMENTS DE DRET

1. Els fets que són a la base de la controvèrsia els resumeix la sentència impugnada en l'apartat de fets provats i no són qüestionats en aquesta segona instància. Amb alguna modificació i algun afegit que considerem d'interès i que han estat admesos, les dades fàctiques són les següents:

1) L'entitat mercantil PROP., S.L. era titular en ple domini de 40 places de pàrking (titular de 40 participacions de les quaranta-quatre parts indivises del local destinat a garatge) de la planta soterrani del conjunt urbanístic situat a Vilanova i la Geltrú, Plaça de la Forca, números 7 a 10, Carrer del Fes, número 2, i Carrer de la Falç, número 1, del sector Fondo Somella, finca 57.385, foli 125 (aparcaments 1 a 44 - excepte els números 3, 17, 26 i 41).

- 2) Mitjançant l'escriptura pública de compravenda de 13 de novembre de 2008, davant del notari de Cubelles Sr. Francisco Javier Lázaro Ayuso (número de protocol 616/2008), PROP., S.L. va vendre les 40 places de pàrking a la mercantil L.T.M., S.L. El preu pactat va ser de 380.000 euros, amb un import de 60.800 euros per l'IVA corresponent. Segons l'escriptura, les despeses de notaria, inscripció en el Registre de la Propietat i plusvàlua eren a càrrec de la venedora.
- 3) La compradora va pagar mitjançant un pagaré no a l'ordre que va signar a favor de PROP., S.L., per import de 440.800 euros, amb venciment el mateix 13 de novembre de 2008, del Banc de Sabadell. Consta testimoniat a l'escriptura.
- 4) El mateix 13 de novembre, PROP., S.L. va cedir el pagaré a I.C.N., S.L., que tenia un crèdit contra PROP., S.L. de 438.138,16 euros, per execució d'obra. El crèdit era vençut, líquid i exigible pel que fa a la suma de 386.904,26 euros quan es va produir la cessió. La resta estava pendent de venciment, tal com reconeix la part demandada.
- 5) L'import del pagaré va ser carregat en el compte de L.T.M., S.L. a Banc de Sabadell el dia 8 de gener de 2009. El mateix dia consta l'ingrés per aquest import en el compte de I.C.N., S.L. en el Banc de Sabadell, en concepte de "remesa de xecs propis" (documents 7 u 8 aportats per les demandades).
- 6) I.C.N., S.L. i L.T.M., S.L. tenen el mateix soci únic, els mateixos administradors i domicili social.
- 7) El preu de la compravenda de les places de pàrking corresponia al de mercat. S'han taxat pericialment en 369.256,67 euros.
- 8) PROP., S.L. va sol·licitar concurs voluntari el dia 1 de desembre de 2008 i el concurs es va declarar per interlocutòria de 12 de gener de 2009.
- 9) Entre les activitats que són l'objecte social de PROP., S.L. es troba la compravenda i l'arrendament no financer d'immobles.

2. Amb aquesta base fàctica, l'administració concursal de PROP., S.L. (en endavant, AC) va formular demanda incidental en sol·licitud que es declarés ineficaç i es rescindís la compravenda de les places de pàrking i es condemnés L.T.M., S.L. a reintegrar al patrimoni de la concursada les places, amb fruits i interessos si n'hi haguessin. En cas d'impossibilitat de restituir aquests béns a la massa, es demanava que es condemnés L.T.M., S.L. a entregar-ne el valor, xifrat en 440.800 euros, amb interessos legals, i es classificués el crèdit de I.C.N., S.L. com a subordinat. Invocava l'existència del perjudici per a la massa activa previst per l'article 71 LC.

Segons exposava l'AC, en els llibres de comptabilitat de la concursada el dia 13 de novembre de 2008 es va crear un compte a nom de L.T.M., S.L. com a deutora de PROP., S.L. en 440.800 euros. El compte es va cancel·lar el mateix dia mitjançant la compensació del saldo del compte de I.C.N., S.L., creditora de PROP., S.L., quedant pendent de pagament una resta de 2.661,84 euros (perquè el crèdit de I.C.N., S.L. era de 438.138,16 euros).

L'AC posava en relleu la relació entre I.C.N., S.L. i L.T.M., S.L. i adduïa un seguit de dades que la portaven a concloure que l'operació de compravenda no constituïa un acte ordinari de l'activitat empresarial del deutor en condicions normals i que les demandades només pretenien, en plena situació d'insolvència, satisfer un crèdit en clar avantatge respecte de la resta de creditors, alguns més antics. Al·legava mala fe, per la qual cosa demanava la classificació com a subordinat del crèdit supervivent de I.C.N., S.L., un cop rescindida l'operació.

3. Tramitat l'incident, amb l'oposició a la demanda de I.C.N., S.L. i L.T.M., S.L., el jutge va desestimar la pretensió de l'AC. La sentència distingeix entre els dos negocis jurídics celebrats i els examina separatament.

Pel que fa a la compravenda, el Sr. magistrat raona que el preu va ser de mercat, dada aquesta no discutida. I entén que el contracte no pot qüestionar-se ni des de la perspectiva de les presumpcions de l'article 71.2 ó 3, ni des de la perspectiva de l'article 71.4, ja que no hi ha prova del perjudici patrimonial. Quant a la transmissió del pagaré per PROP., S.L. a I.C.N., S.L., la resolució impugnada exposa que I.C.N., S.L. era titular d'un crèdit líquid, vençut i exigible contra PROP., S.L. i conclou que el pagament d'aquest deute per la concursada, mitjançant el pagaré, no és rescindible, encara que pogués haver-hi en la mateixa situació altres creditors, els crèdits dels quals no fossin satisfets. Sense desconèixer opinions en contra, el jutge considera que la possible afectació del principi d'igualtat de condicions dels creditors (*par condicio creditorum*) no apareix emparat formalment per la redacció de l'article 71 LC.

4. La sistemàtica i el contingut del recurs d'apel·lació de l'AC no faciliten en absolut la revisió de la sentència.

Començarem, per raons d'ordre, per l'últim dels apartats del recurs, atès el seu caràcter processal. L'AC es queixa que, en l'acte del judici, el Sr. magistrat va impedir la prova sol·licitada per l'AC i addueix indefensió. Però la recurrent no va sol·licitar la pràctica de cap prova en la segona instància, en la forma que estableix la Llei d'enjudiciament civil (LEC) quan regula el recurs d'apel·lació, en els articles 455 i ss. Per tant, aquesta denúncia, tingui o no fonament –l'AC no ha procurat que ho verificuéssim–, no pot tenir cap efecte.

5. La primera de les al·legacions del recurs tracta del “fonament de dret setè” de la sentència. L'AC reproduïx aquí la pràctica totalitat de la demanda incidental, per tal de mostrar l'error d'interpretació que denuncia en aquell fonament de la sentència del jutjat. En un intent de síntesi, diríem que el que vol aclarir l'apel·lant és que, malgrat el que afirma la sentència:

i. L'AC no va invocar en la demanda cap presumpció de perjudici patrimonial, sinó que va exposar al jutge els fets objectius i les proves documentals que permetien considerar que en l'acció instada hi havia base jurídica suficient per tal que operés la previsió de l'article 71 de la LC.

ii. L'AC tampoc no va sostenir que la venda dels aparcaments no estigués dins de l'objecte social de la concursada, sinó que no podia considerar-se pròpia de l'activitat normal de PROP., S.L. la venda de la pràctica totalitat de les places de pàrking, separades dels habitatges, en el context de l'operació.

Examinada la demanda, hem d'acollir les dues puntualitzacions de l'AC. Només afegirem, pel que fa a la segona, que una referència en la demanda a l'article 71.5 LC hagués contribuït, sens dubte, a una millor comprensió.

6. La segona al·legació del recurs es refereix al “fonament de dret vuitè” de la sentència. Contra l'apreciació de falta de prova del perjudici patrimonial, l'AC diu que una venda d'actius pròxima a la declaració de concurs, quan l'activitat de la concursada pràcticament és inexistent, quan l'import del preu no s'ingressa en la caixa de la venedora i serveix per atendre un dels múltiples creditors –mentre d'altres tenen un deute vençut més antic– i el comprador és, a la vegada, creditor, constitueix una dació en pagament en perjudici de tercers. El motiu, àmpliament desenvolupat en el recurs, s'ha d'examinar conjuntament amb l'al·legació tercera, que tracta de la *par condicio creditorum*. Constitueixen el nucli de l'apel·lació.

7. Si examinéssim de manera aïllada el negoci de pagament (mitjançant pagaré) de PROP., S.L. a la demandada I.C.N., S.L., fins i tot deixant de banda aquella part de crèdit de I.C.N., S.L. que encara no havia vençut a la data del pagament (52.066,39 euros, segons admet la mateixa I.C.N., S.L. en la contestació a la demanda), el considerariem un negoci perjudicial per a la massa activa.

En aquest punt, mantenim un criteri diferent al del Sr. magistrat. Considerem, com ho hem fet en sentències anteriors (per totes, la de 8 de gener de 2009), que **la noció de perjudici per a la massa, al voltant de la qual s'articulen les previsions de l'article 71 LC, no només es redueix al perjudici patrimonial directe o en sentit estRICTE, que inclouria els actes que de manera directa produeixen una disminució del patrimoni del deutor (generalment per falta d'equivalència de les prestacions o per tractar-se d'actes a títol gratuït), sinó que també abasta aquells actes que suposin un perjudici indirecte perquè trenquen el principi de paritat de tracte dels creditors quan es provoca una alteració de l'ordre concursal de cobrament.**

En el cas examinat, es tracta d'un **pagament efectuat per la concursada** el novembre de 2008, dues setmanes abans de sol·licitar el concurs voluntari (1 de desembre de 2008) i dues setmanes després d'atorgar els poders als professionals que la assisteixen en el concurs (23 d'octubre de 2008), és a dir, **amb plena consciència de la situació d'insolvència de PROP., S.L. i amb la voluntat de submissió al procediment concursal. Va causar perjudici a la massa activa, si més no indirecte, en la mesura que va reduir-la, amb la conseqüència de reduir també la quota de satisfacció dels crèdits de la resta de creditors, amb alteració del principi d'igualtat de pèrdues.**

Ara bé, com s'ha exposat, l'AC no aïlla aquest negoci entre PROP., S.L. i I.C.N., S.L. per impugnar-lo autònomament, sinó que impugna, per la via de la rescissió, allò que presenta com una operació

complexa, integrada per: 1) la compravenda de les places de pàrking entre PROP., S.L. i L.T.M., S.L. i 2) el pagament per PROP., S.L. a I.C.N., S.L., mitjançant l'entrega del pagaré emès per L.T.M., S.L..

8. No s'ha qüestionat que, en la compravenda, les places de pàrking es van valorar segons el preu de mercat. Però aquest preu la concursada no el va percebre en diners, sinó mitjançant un pagaré. I si aquesta dada, per si mateixa, tampoc seria indicativa de perjudici, màxim si es té en compte que el pagaré tenia com a venciment el mateix dia 13 de novembre de 2008, data de l'escriptura de compravenda (document número sis de la contestació a la demanda), sí considerem rellevant, com l'AC, que aquest pagaré mai l'arribés a cobrar la concursada. Al mateix temps que PROP., S.L. va entregar les 40 places de pàrking a L.T.M., S.L., va entregar el pagaré a I.C.N., S.L..

I.C.N., S.L. i L.T.M., S.L., tal com s'ha admès expressament en contestar la demanda, són –i eren aleshores- societats amb el mateix soci únic, Ayats & Salmer, S.L., que té el domicili social al carrer de Solicrup, número 19, de Vilanova i la Geltrú, on també tenen el domicili social I.C.N., S.L. i L.T.M., S.L.. Els administradors de L.T.M., S.L. són els Srs. J.A.R., F.M.S. i A.M.S., que són administradors també de les altres dues societats.

El pagaré que L.T.M., S.L. va entregar a la venedora de les places de pàrking, PROP., S.L., era no a l'ordre, és a dir, no era endossable, només admetia transmissió per la via de la cessió ordinària de crèdits. Així consta en el testimoni de l'escriptura de venda aportada per la part demandada. PROP., S.L. ni va cobrar el pagaré (a la data del venciment, el compte bancari de L.T.M., S.L. designat com a lloc de pagament mancava de fons, que no es van ingressar fins al 5 de gener de 2009, segons l'extracte bancari aportat per la part demandada com a document número 7 de la contestació) ni el podia endossar a un tercer com a títol canviari. No s'ha discutit que, en rebre'l, el va entregar a I.C.N., S.L. amb la finalitat de pagar el deute amb aquesta entitat. Mitjançant els documents 7 u 8 de la contestació s'acredita el càrrec de 440.800 euros contra el compte de L.T.M., S.L. el dia 8 de gener de 2009 i l'ingrés d'aquest import el mateix dia al compte de I.C.N., S.L. (com a remesa d'efectes).

Com va posar en relleu l'AC i no s'ha desvirtuat en cap de les dues instàncies, en els llibres de comptabilitat de la concursada es va reflectir la venda de les places de pàrking el 13 de novembre de 2008 i es va crear un compte a càrrec de L.T.M., S.L., en el qual aquesta societat figurava com a deutora de PROP., S.L. per 440.800 euros. El compte es va cancel·lar el mateix dia 13 de novembre de 2008, mitjançant la compensació dels saldos dels comptes oberts a nom de I.C.N., S.L. (sempre en la comptabilitat de PROP., S.L.), tot i que, com que l'import no abastava, va quedar pendent de pagament la suma de 2.661,84 euros. L'AC precisa –i no s'ha qüestionat- que en la comptabilitat de la concursada es reflecteix un traspàs de saldos des dels comptes 401.00991 i 410.00991 (dos comptes de I.C.N., S.L.) al compte (també de I.C.N., S.L.) 400.00991, des del qual es va realitzar la compensació amb el compte de client obert a nom de L.T.M., S.L..

En definitiva, el cobrament de les places de pàrking venudes es va fer mitjançant la compensació del deute de PROP., S.L. amb I.C.N., S.L.

Als efectes que interessin en aquesta controvèrsia, la confusió d'esferes i de patrimonis entre L.T.M., S.L. i I.C.N., S.L., en el marc de les dades abans exposades (identitat de domicilis, soci i administradors), es fa palesa en l'operació complexa descrita, realitzada amb la concursada. No som davant un cas de simulació, sinó de **voluntat conscient i exterioritzada per part de la creditora I.C.N., S.L. de donar-se per pagada amb les places d'aparcament entregades a la societat L.T.M., S.L., encara que dos mesos més tard, a manera de regularització interna, es dugui a terme un traspàs per import de 440.800 euros de L.T.M., S.L. a I.C.N., S.L.**

Hem d'acollir, per tant, la tesi de l'AC sobre l'existència d'una dació en pagament del crèdit de I.C.N., S.L., el 13 de novembre de 2008.

9. **L'article 71.1 LC exigeix dos requisits per rescindir l'acte de la concursada: a) el temporal (acte efectuat dins dels dos anys anteriors a la data de la declaració del concurs), que no es discuteix en el cas que ens ocupa i b) el de perjudici per a la massa activa, que sí es qüestiona.**

L'AC no va invocar cap presumpció de perjudici de les previstes en l'article 71.2 (presumpció que no admet prova en contra relativa a actes de disposició a títol gratuït i pagaments per extingir obligacions de venciment posterior a la declaració de concurs) ni en l'article 71.3 (presumpció que admet prova en contra, referida a actes dispositius a títol oneros a favor de persones especialment relacionades amb el concursat i de constitució de garanties reals a favor d'obligacions preexistents). Per tant, s'ha d'estar al

que estableix l'article 71.4 LC, invocat als fonaments de dret de la demanda i correspon a qui exercita l'acció rescissòria provar el perjudici patrimonial per a la massa activa.

A la vista dels fets acreditats, considerem que la dació en pagament (integrada pel doble negoci de venda i entrega de pagaré) va resultar perjudicial per a la massa activa de la concursada, perquè va alterar la *par condicio creditorum*, en benefici de I.C.N., S.L., en els termes que hem exposat a l'anterior fonament de dret 7.

10. D'altra banda, no podem acceptar que ens trobem en un supòsit emparat en l'article 71.5.1 LC, que invoca la part demandada, segons el qual, en cap cas podran ser objecte de rescissió els actes ordinaris de l'activitat professional o empresarial del deutor realitzats en condicions normals.

En aquest punt, hem de considerar les **característiques especials del conjunt de l'operació de venda de les places de pàrking i de pagament al creditor**. L'AC es refereix al fet que es venguessin pràcticament totes les places d'aparcament del complex edificat; que es venguessin separatament dels habitatges, quan l'actuació normal és vendre els habitatges juntament amb la plaça de pàrking corresponent per no menyscabar les expectatives i els valors de venda en edificacions noves. L'AC invoca també la conjuntura econòmica d'insolvència per la qual travessava la venedora: a la data del negoci, PROP., S.L. es trobava pràcticament immersa en un procediment concursal i ja no tenia gir i tràfic. La part demandada afegeix que els aparcaments ni tan sols estaven acabats quan es va produir la venda. Tampoc s'ajusta a la normalitat el pacte de l'escriptura (clàusula setena) que posa a càrrec de la venedora, PROP., S.L., totes les despeses (notaria, inscripció registral, plusvàlua).

Però, per sobre d'aquest conjunt de dades, **el que realment impedeix considerar l'operació com a acte ordinaris de l'activitat empresarial realitzat en condicions normals és el fet que la concursada no va percebre cap preu per la compravenda. Va compensar el deute del comprador amb el crèdit de l'altra societat del grup. Per tant, hem de descartar que l'operació s'emmarqui en l'article 71.5.1 LC.**

En conseqüència, s'estimarà la demanda i es declararà la ineficàcia de la compravenda de 13 de novembre de 2008 entre PROP., S.L. i L.T.M., S.L.. Aquesta última societat haurà de retornar al patrimoni de la concursada les 40 places d'aparcament, amb els fruits i interessos, i, en cas d'impossibilitat, haurà de restituir-ne l'import de 440.800 euros.

11. No es pot acollir la petició de l'AC de declaració de mala fe de I.C.N., S.L., mancada de funció davant **la inaplicabilitat al cas de l'article 73.3 LC** invocat per la part demandant.

En matèria d'efectes de la rescissió, l'article 73.1 LC estableix que la sentència que estimi l'acció de rescissió declararà la ineficàcia de l'acte impugnat i condemnarà a la restitució de les prestacions que n'eren objecte, amb els fruits i interessos. És això el que s'acorda en aquesta resolució.

La norma de l'article 73.3 LC (el dret a la prestació que resulti a favor de qualsevol dels demandats com a conseqüència de la rescissió tindrà la consideració de crèdit contra la massa, que haurà de satisfer-se simultàniament a la reintegració dels béns i drets objecte de l'acte rescindit, tret que la sentència aprecii mala fe en el creditor, en el qual cas es considerarà crèdit concursal subordinat) està previst per casos diferents del que ens ocupa. Com hem dit en ocasions anteriors (per totes, sentència de 19 d'octubre de 2011), **el crèdit que, en cas de mala fe, se subordinaria no és qualsevol crèdit de la demandada contrapart de la concursada en l'acte rescindit, sinó només el dret a la prestació que resulti a favor seu com a conseqüència de la rescissió, és a dir, la norma legal es refereix a la rescissió de contractes bilaterals amb obligacions recíproques. En el nostre cas, la rescissió recau sobre un negoci jurídic unilateral, una dació en pagament, tot i que instrumentada de la manera descrita, mitjançant un doble negoci.**

La ineficàcia del pagament, per la rescissió, comporta la restitució de les places de pàrking **indegudament entregades (o el valor, si l'entrega no fos possible)**. El crèdit per execució d'obra de I.C.N., S.L. subsisteix en l'estat que li corresponia al declarar-se el concurs, que era, com va al·legar l'AC en la demanda incidental (fet tercer, *in fine*) un crèdit concursal ordinaris.

12. En aplicació dels articles 196.2 LC i 398.2 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), estimat el recurs, no s'han d'imposar les costes de la segona instància. Les costes de la primera instància han d'imposar-se a la part demandada, atesa l'estimació de la demanda (article 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 99/2013, de 6 de Marzo de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación con la acción de reintegración en la masa, el artículo 71.3º LC presume *iuris tantum* el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (socios titulares de un porcentaje del capital social superior al 10%). Si no existe dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º LC). A estos efectos, la concurrencia de **personas vinculadas** con otras que no lo son, no determina la aplicación de regímenes jurídicos distintos, sino que si al menos uno de los beneficiarios es persona vinculada con el deudor, la presunción ha de alcanzar al conjunto.

Las **aportaciones del socio**, ya sean para compensar pérdidas o con otra finalidad, no lo son a título gratuito y tampoco su restitución (tienen causa onerosa: participación del socio en las ganancias y, en caso de liquidación, en el reparto del haber social).

Si mediante una devolución a los socios de capital aportado, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, el patrimonio neto de la compañía se ve seriamente mermado (pasando a ser negativo o a entrar en causa de disolución), se considerará que esa devolución de aportaciones fue perjudicial para la masa activa del concurso, y procederá su rescisión y, como único efecto, su **reintegración a la masa**.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La administración concursal de JARD. PRA., S.L., sociedad declarada en concurso voluntario por auto de 25 de mayo de 2011, solicita la reintegración de la salida de la sociedad de 70.000 euros el 31 de diciembre de 2009, cantidad que fue repartida entre los socios en proporción a su participación en el capital social. Contablemente esa cantidad se detrajo de la cuenta contable denominada "otras aportaciones de socios", que pasó de 105.822,75 euros a 35.822,75 euros. Y por formar parte del patrimonio neto de la compañía, junto con el capital y reservas, los fondos propios pasaron a ser negativos (-3.681,01). Según se relata en la demanda, la devolución a los socios de esa cantidad, constituye un acto de disposición a título oneroso perjudicial para la masa activa a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor. Por ello solicita que se declare la rescisión y se condene a los demandados al pago de la cantidad percibida, declarándose la mala fe de los socios y el carácter subordinado de la prestación que pudiera corresponderles.

Los demandados se oponen a la demanda, negando el perjuicio patrimonial. Alegan, de este modo, que sólo dos de los demandados ostentan la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor, por lo que, respecto del resto, el perjuicio ha de acreditarse. En segundo lugar, constando en el informe de la administración concursal que dos de los socios –Don M.P. y M.P.- habían abonado deudas de la sociedad, en concreto, un crédito con la entidad BBVA por 92.459,45 euros, las aportaciones de los socios debían haberse incrementado en esa cantidad, por lo que, incluso tras la devolución de 70.000 euros, el patrimonio neto seguía siendo positivo. Por ello concluyen que no se dan los requisitos exigidos en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda. Califica la entrega a los socios de 70.000 euros como un acto de disposición a título gratuito, dado que no consta contraprestación alguna, por lo que el perjuicio patrimonial ha de presumirse "iuris et de iure" (artículo 71.2º de la LC). Además, en relación con dos de los socios, por ser personas especialmente relacionadas con el deudor, el perjuicio patrimonial se presume, si se estima que el acto lo es a título oneroso (artículo 71.1.3º). Y, prescindiendo de las

presunciones, la sentencia concluye que el perjuicio patrimonial se produjo atendida la incidencia del acto de disposición sobre los fondos propios, que pasaron a ser negativos.

La sentencia es recurrida por la parte demandada, que denuncia que la *juez a quo* haya aplicado un tipo de presunción que ni tan siquiera fue invocada en la demanda. El acto impugnado, a su entender, no es a título gratuito y el perjuicio ha de ser acreditado, dado que cuatro de los demandados no son personas especialmente vinculadas (artículo 93 de la Ley Concursal). En cuanto a la incidencia del acto de disposición sobre el patrimonio de la concursada, reitera los mismos argumentos de la contestación.

TERCERO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, “cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93. De no existir dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).

CUARTO.- En el presente caso, no es discutido que el 31 de diciembre de 2009 se produjo la devolución a los socios, en proporción a su participación en el capital social, de 70.000 euros. En ese ejercicio la concursada tuvo pérdidas de 42.935,38 euros y, como consecuencia de la restitución de aportaciones, los fondos propios de la compañía pasaron de 54.054,66 euros a ser negativos en 3.681,01 euros, cuando su capital social es de 6.010,12 euros. La cantidad devuelta lo fue contra la cuenta “otras aportaciones de socios”, que forma parte del patrimonio neto de la compañía.

A diferencia del Plan General Contable de 1990, que definía esas aportaciones como las cantidades entregadas por los socios para compensar pérdidas, incluidas las subvenciones (cuenta 122), el nuevo Plan General Contable de 2007 amplía el objeto de la cuenta 118 “otras aportaciones de socios”, que se conceptúan como “los elementos entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan naturaleza de pasivo. En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas”. La finalidad principal –la compensación de pérdidas- queda diluida en el nuevo Plan, admitiendo otras finalidades distintas.

En cualquier caso, lo relevante, a nuestros efectos, es que esas aportaciones forman parte del patrimonio neto de la compañía, lo que limita su disposición por los socios. Debe tenerse presente que tanto el apartado 4º del Marco Conceptual de la Contabilidad del PGD, como el artículo 36 del Código de Comercio, definen el patrimonio neto como “la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten”.

En definitiva y como punto de partida, ha de reseñarse que **mediante el acto impugnado, realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, el patrimonio neto de la compañía se vio seriamente mermado, pasando a ser negativo. La sociedad, por tanto, pasó a estar incurso en causa de disolución** (artículo 104, apartado e/, de la LSRL).

QUINTO.- Delimitado el alcance del acto impugnado y su consecuencia en el plano patrimonial, la recurrente

cuestiona que la **sentencia de instancia considere que el acto lo fue a título gratuito** y, en consecuencia, que apreciara la presunción *iuris et de iure* de perjuicio patrimonial del artículo 71.2º de la Ley Concursal. Y compartimos, en este punto concreto, las alegaciones del recurrente. **Las aportaciones del socio, bien sean para compensar pérdidas o con otra finalidad, no lo son a título gratuito. Tienen causa onerosa, al igual que su restitución, dado que el fin último de la aportación no deja de ser la participación del socio en las ganancias y, en caso de liquidación, en el reparto del haber social.**

En cualquier caso, la *juez a quo* no se limita a aplicar, sin más, una presunción legal de perjuicio, sino que analiza el acto impugnado partiendo de la presunción *iuris tantum* de perjuicio patrimonial del artículo 71.3.1º de la Ley Concursal e, incluso, prescindiendo de todo tipo de presunciones, concluye que el perjuicio patrimonial ha quedado acreditado.

Concurriendo en **dos de los demandados la condición de personas especialmente relacionadas con el deudor**, por ser socios titulares de un porcentaje del capital social superior al 10% (artículo 93.2º, apartado primero de la LC), entendemos que ha de regir la **presunción de perjuicio, salvo prueba en contrario**, del artículo 71.3.1º. Como señalamos en nuestra anterior sentencia de 19 de noviembre de 2012 (Rollo 303/2012), la **conurrencia de personas vinculadas con otras que no lo son, no determina, como sostiene la recurrente, la aplicación de regímenes jurídicos distintos. O el perjuicio se presume, salvo prueba en contrario, o el perjuicio ha de probarse.** Y, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que **si al menos uno de los beneficiarios es persona vinculada con el deudor, la presunción ha de alcanzar al conjunto.**

SEXTO.- Además de presumirse el perjuicio patrimonial, consideramos, al igual que la *juez a quo*, que la **restitución de aportaciones fue claramente perjudicial para la masa activa del concurso. El pago a los socios tuvo lugar al final de un ejercicio con cuantiosas pérdidas y, como consecuencia de ello, según el balance formulado por la propia concursada, los fondos propios pasaron a ser negativos, incurriendo en causa de disolución. En el ejercicio siguiente las pérdidas se acrecentaron, viéndose obligada a solicitar el concurso.**

JARD. PRA., S.L. cuestiona sus propias cuentas y aduce que el deterioro patrimonial fue menor, dado que la salida de caja se destinó "parcialmente" a liquidar una deuda de la sociedad con sus socios, que antes –en el año 2007- habían saldado un préstamo con el BBVA de 92.459,45 euros. Por ello concluye que "el patrimonio neto de la sociedad, incluso con la devolución realizada, estaba muy por encima del capital social". Semejante afirmación no se sostiene de ninguna manera. El propio perito de la demandada Sr. García Muntané duda sobre el destino dado a los 70.000 euros y sobre el tratamiento contable de aquel pago –aportación de socios, préstamo participativo...-. Son tales las dudas que expresa el perito sobre el reflejo contable del pago al BBVA por los socios, que la pericial no puede tomarse en consideración. El propio perito concluye su informe con la siguiente reserva; "debido a que los procedimientos descritos no constituyen ni una auditoría, ni una revisión hecha de acuerdo con Normas Técnicas de Auditoría, no expresamos una opinión sobre la información contenida en él. De haber aplicado otros procedimientos adicionales, se podrían haber puesto de manifiesto asuntos sobre los cuales les habríamos informado".

Ciertamente, el informe de la administración concursal mencionó en la página 37 un pago por los socios de deudas de la sociedad, principalmente con el BBVA. Sin embargo ese hecho, contablemente, no incide en el patrimonio neto de la sociedad. Su efecto es neutro, dado que la disminución de la deuda con la entidad de crédito tiene como contrapartida un incremento de la deuda con socios o con administradores.

Hay que estar, por tanto, a la cuentas tal y como fueron formuladas. Y esas cuentas reflejan que con la salida de caja la sociedad pasó a estar incurso en causa de disolución. La aportación de los socios, como afirma el recurrente, puede tener una finalidad distinta que la de compensar pérdidas. Sin embargo no es posible una restitución anticipada si como consecuencia de la devolución el patrimonio neto pasa a ser negativo. De hecho, por no ser una operación de pasivo y por realizarse la aportación sin contraprestación alguna, las aportaciones de los socios, por regla general, sólo se restituyen cuando se reparte el haber social tras la disolución de la sociedad.

En consecuencia, tal y como sostiene la sentencia de instancia, **el acto fue perjudicial para la masa activa y, en consecuencia, procede su rescisión.**

SEPTIMO.- Como efectos de la rescisión el artículo 73 de la Ley Concursal dispone que “la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”. Por eso es correcta la condena a los demandados al pago de la cantidad indebidamente percibida. Además, la sentencia aprecia mala fe en los socios, declarando, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero de dicho precepto, que “si como consecuencia de la resolución de este acto, tuvieren derecho a percibir cualquier tipo de contraprestación, el crédito no tendría la consideración de crédito contra la masa sino de crédito subordinado”.

Como consecuencia de la rescisión, no nace prestación alguna con cargo a la masa, por lo que no es necesario analizar la buena o mala fe de los demandados. Tampoco es correcto que la sentencia plantee como hipótesis una contraprestación con cargo a la masa, cuando esa hipótesis es descartada por la propia sentencia. En definitiva, se rescinde un pago de la concursada que produce como único efecto su restitución por los beneficiarios.

OCTAVO.- A pesar de estimarse parcialmente el recurso, la demanda se estima en lo sustancial, por lo que ha de imperar el criterio objetivo del vencimiento en lo que respecta a las costas de primera instancia (artículo 394 de la LEC). En cuanto a las costas de esta alzada, no es procedente hacer pronunciamiento alguno conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la citada Ley.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 103/2013, de **6 de Marzo de 2013**.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En un contexto de insolvencia **no todo pago a proveedores es un pago legítimo** que escapa de la acción de restitución del artículo 64.2º-1º de la Ley de Sociedades Alemana. Es necesario que el pago responda a una situación de urgencia o que redunde en un beneficio directo para la masa, bien porque contribuya a su conservación, bien porque se obtenga un contravalor equivalente.

Si no se acredita correctamente la concurrencia de tales circunstancias, la autorización de esos pagos -encontrándose la sociedad de la que era administrador en situación de insolvencia por incapacidad de pago- no es correcta, por haberse realizado sin la diligencia de un verdadero hombre de negocios. Por tanto, el administrador incurre en la **obligación de restituir a la masa** (64.2 1º LSA).

No es posible en el Derecho Alemán **iniciar en paralelo dos acciones** que en último término persiguen lo mismo (la restitución a la masa de pagos ilegítimos), salvo que se ejerciten ambas acciones por el administrador concursal en un único procedimiento. Cuando las acciones son alternativas, no pueden ser ejercitadas al mismo tiempo ante distintos tribunales.

Notas: El demandante invoca la Ley Alemana para dirigir la acción de responsabilidad contra el demandado al amparo de lo dispuesto en los artículos 16 a 18 del **Reglamento CEE 1346/2000, de 29 de mayo, de Procedimientos de Insolvencia**. En concreto, este último precepto dispone que “el síndico designado por un tribunal competente en virtud del apartado primero del artículo 3, podrá ejercer en el territorio de otro Estado miembro todos los poderes que le hayan sido conferidos por la Ley del Estado en el que se haya abierto el procedimiento en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptada ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de una

solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado”.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El demandante, administrador concursal de la entidad alemana E.M.G., GmbH, al amparo de lo dispuesto en el artículo 64.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana, que prevé la responsabilidad directa del administrador por pagos indebidos en determinados supuestos de insolvencia, interpone demanda contra Don J.R.F., administrador de la compañía desde su nombramiento el 24 de mayo de 2006. El demandado, según se relata en la demanda, efectuó pagos el 7 de julio de 2006, una semana antes de solicitar la apertura del procedimiento concursal, por un importe de 524.593,86 euros, cuando la compañía se encontraba en situación de insolvencia. La actora, en definitiva, al haber incurrido el demandado en la conducta sancionada en aquel precepto, interesó que se le condenara al pago de dicha suma – posteriormente limitó su pretensión a 513.156,86 euros-.

El demandado se opuso a la demanda alegando que autorizó pagos a proveedores cuya necesidad había sido impuesta por los órganos directivos de la sociedad, dado que aceptó el cargo de administrador apenas seis semanas antes. Los pagos a acreedores el 7 de julio de 2006 se produjeron tras celebrarse un día antes una reunión del Consejo Consultivo de E.M.G., GMBH que aprobó un plan de viabilidad que comportaba la aportación de fondos por los socios. Sin embargo, el plan de viabilidad finalmente no fue aprobado, por lo que se vio obligado a solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia. Entendía el demandado que no se daba la causa legal de responsabilidad del artículo 64.2º de la Ley de Sociedades Alemana, por lo que interesó que se desestimara la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras analizar la naturaleza y alcance del artículo 64.2º de la Ley de Sociedades alemana, a partir de los informes periciales que obran en autos, concluyó que la situación de incapacidad de pago, presupuesto de la obligación de instar el procedimiento de insolvencia, se daba ya el 13 de abril de 2006. A tal conclusión llegó tras analizar el único informe que aborda dicha cuestión, elaborado por el despacho STUTTGEN AND PARTNER (documento nueve de la demanda). Sin embargo, la *juez a quo* entendió que la prueba practicada acreditaba que concurría una “probabilidad rayana en la certeza”, en los términos exigidos por la jurisprudencia alemana, de que esa situación de incapacidad de pago se superaría. La sentencia de instancia tomó en consideración, a estos efectos, la reunión el 28 de junio entre el demandado y el equipo directivo de E.M.G., GMBH y la de 6 de julio del Consejo Consultivo, en las que el Sr. J.R.F. informó del plan de viabilidad y la aportación de fondos –once millones de euros por parte de los accionistas-. Dicho plan vendría avalado por los “propios antecedentes históricos”, en concreto, otras aportaciones de los socios a E.M.G., GMBH y a otras empresas del grupo. Por todo ello, desestimó íntegramente la demanda.

La sentencia es recurrida por la parte actora, que alega errónea valoración de la prueba. En el recurso la apelante reitera los mismos argumentos esgrimidos en la demanda. El demandado, por su parte, formuló oposición también por los mismos motivos aducidos en la contestación.

TERCERO.- El demandante invoca la Ley Alemana para dirigir la acción de responsabilidad contra el demandado al amparo de lo dispuesto en los artículos 16 a 18 del Reglamento CEE 1346/2000, de 29 de mayo, de Procedimientos de Insolvencia. En concreto, este último precepto dispone que “el síndico designado por un tribunal competente en virtud del apartado primero del artículo 3, podrá ejercer en el territorio de otro Estado miembro todos los poderes que le hayan sido conferidos por la Ley del Estado en el que se haya abierto el procedimiento en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptada ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado”.

Las partes no discuten que el demandante, en su condición de administrador concursal de E.M.G., GMBH, pueda accionar contra el demandado, administrador único de la concursada cuando se efectuaron los pagos impugnados, con fundamento en el artículo 64.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

alemana, en su versión vigente hasta el 1 de septiembre de 2008. Dicha norma, en su apartado primero (se transcribe en el documento 30 de la contestación y en la pericial judicial, al folio 160), dispone que “si la sociedad deviene en situación de incapacidad de pago, los administradores han de solicitar, sin demora culpable, como más tarde tres semanas tras encontrarse en situación de incapacidad de pago, la declaración del concurso. Lo mismo se aplica en caso de que la sociedad se encuentre en situación de sobreendeudamiento”.

En el apartado segundo añade que “los administradores tienen la obligación frente a la sociedad de restituir los pagos que fueron realizados tras encontrarse en situación de incapacidad de pago o tras la constatación del sobreendeudamiento. Lo anterior no se aplica a pagos que, también tras este momento, sean compatibles con la diligencia de un buen comerciante. Al derecho de restitución es de aplicación lo regulado en el artículo 43 apartados 3 y 4”.

CUARTO.- Para determinar el alcance de la norma, constan en autos tres **periciales** estrictamente jurídicas – la aportada con la demanda del letrado Ralf Czasvary (documento 8), la aportada con la contestación del letrado Boris Kroczek (documento 30) y la pericial judicial del letrado Juan Ferré Falcón- y una cuarta de naturaleza económica –la del despacho STÜTTGEN AND PARTNER (documento 9 de la demanda)-. **Todos los informes coinciden en que el artículo 64.2º persigue preservar la masa activa una vez producida la situación objetiva de la insolvencia y evitar la satisfacción preferente de algunos acreedores de la sociedad en perjuicio del resto.**

La norma tiene como presupuesto objetivo la incapacidad de pago o el sobreendeudamiento. Una y otra situación determina que el deudor se encuentra en insolvencia concursal (artículos 17 y 19 de la Ley Concursal). De acuerdo con el primero de los preceptos, una sociedad se encuentra en situación de insolvencia concursal cuando no puede cumplir sus obligaciones de pago vencidas. Tanto el informe de STÜTTGEN AND PARTNER como la pericial judicial recogen la sentencia del Tribunal Federal Supremo Alemán de 24 de mayo de 2005, que delimita el concepto de insolvencia y su comprobación por el deudor. De este modo, **un simple retraso en los pagos “no equivalente a la insolvencia tiene lugar si no transcurre el plazo que una persona solvente para prestar los medios necesarios necesita, considerando el Tribunal que un periodo de tres semanas es necesario, pero también suficiente para esta gestión. Si la falta de liquidez del deudor asciende al diez por ciento o más, hay que partir del hecho de que existe insolvencia, si no puede contar excepcionalmente con una probabilidad que raya en certeza, que la falta de liquidez será resuelta totalmente o casi totalmente” en un periodo comprendido entre tres semanas y seis meses.**

El deber de restituir exige no sólo que los pagos se efectúen en situación de insolvencia por incapacidad objetiva para el pago o sobreendeudamiento, sino que es preciso que se realicen de **forma culpable, esto es, sin el cuidado de un verdadero hombre de negocios.** La pericial judicial analiza distintos supuestos en los que el administrador quedará exonerado, de acuerdo con la jurisprudencia alemana, como en aquellos casos en los que no se produce una merma en el patrimonio –pagos a proveedores por un contravalor equivalente-, pagos de suministros básicos –luz, gas, agua...-, pagos de cuotas obreras o de seguridad social que en caso contrario pueden comportar responsabilidad penal, los pagos urgentes o necesarios para conservar la masa o los realizados para evitar perjuicios mayores. La prueba de la corrección de los pagos, en cualquier caso, incumbe al administrador social.

QUINTO.- Coincidimos con la *juez a quo* en su valoración de la situación económica de E.M.G., GMBH en el momento en que se produjeron los pagos por un importe total de 513.156,86 euros. Según relata en el fundamento séptimo de la sentencia, los pagos se realizaron encontrándose la sociedad en insolvencia por incapacidad de pago. Así resulta del informe elaborado por STÜTTGEN AND PARTNER (documento nueve de la demanda), único que analiza la situación patrimonial y la solvencia de E.M.G., GMBH. En el extremo E) del informe (folios 95 y siguientes), valora la situación hasta el 14 de abril de 2006, concluyendo que por entonces no existía una “suspensión de pagos como presunción rebatible de la producción de insolvencia, porque a pesar de los atrasos existentes, sobre todo de entregas y servicios, no se podía observar en el exterior una incapacidad persistente de pagar”.

Siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el informe señala que “si la falta de liquidez del deudor asciende al 10% o más, hay que partir del hecho de que existe insolvencia, si no se puede contar excepcionalmente con una probabilidad que raya en certeza, que la falta de liquidez será resuelta totalmente o casi totalmente en breve y según las circunstancias extraordinarias se puede exigir a los acreedores que esperen”. El informe analiza los estados financieros y fija los porcentajes de falta de liquidez a partir del 14 de abril de 2006, siempre superiores al 10%, llegando al 86,54% en la semana 17 del año. A partir de entonces se producen oscilaciones en los ratios de liquidez, si bien el momento más bajo tiene lugar en la semana 21 que alcanzó el 31,36% (folios 104 y 105, y anexo I del informe).

SEXTO.- El demandado, en su escrito de oposición al recurso, critica las conclusiones del perito, fundamentalmente, por no haber valorado el plan financiero elaborado por el Sr. J.R.F. (documento quince de la contestación) y el plan de viabilidad del anterior administrador (documento siete), además de otros documentos como los extractos de la cuenta en el Fifth Third Bank de Chicago o los listados de productos acabados y encargados. Sin embargo, a falta de una pericial alternativa, no podemos sino aceptar las conclusiones del informe del actor, que en lo sustancial no han sido rebatidas. Es más, la demandada no cuestiona tanto la situación de iliquidez determinante de la incapacidad de pago, cuanto la posibilidad, no contemplada por el perito, de que esa situación se superara en el breve periodo de tiempo señalado por la jurisprudencia alemana por las aportaciones comprometidas por los socios -11 millones de euros- en el marco de un plan de viabilidad. Buena prueba de ello es que, rechazado finalmente el plan de saneamiento por los socios en una reunión celebrada el 12 de julio, al día siguiente E.M.G., GMBH solicitó acogerse al concurso.

Por tanto, el punto de partida era una iliquidez muy acusada determinante de una situación de insolvencia por incapacidad de pago que sólo podía tenerse por enervada, de acuerdo con la Ley Alemana, si existía una “probabilidad rayana en la certeza” de que esa situación de iliquidez se superaría.

SEPTIMO.- La sentencia de instancia, a partir del plan de saneamiento o reestructuración elaborado por el demandado (documento 15), que fue aprobado por el Consejo Consultivo de E.M.G., GMBH en su reunión de 6 de julio de 2006 y que contemplaba una inyección de fondos de once millones de euros, considera que esa probabilidad de superar la insolvencia se daba. La fiabilidad del plan venía reforzada por dos elementos de juicio que la sentencia estima muy relevantes. De un lado, el testimonio de Don D.B., Presidente del Consejo Consultivo (Beirat) y socio de M.C., mercantil encargada de gestionar los fondos de inversión de E.M.G., GMBH, que corroboró en el juicio la voluntad de los miembros de la junta de votar a favor del plan de saneamiento, como así se desprende, por otro lado, de los documentos 17 a 19. Y, de otro lado, los antecedentes previos, al haber dotado los socios de E.M.G., GMBH de liquidez a la empresa en anteriores ocasiones.

La *juez a quo* razona en la sentencia que la “probabilidad rayana en la certeza” no puede equipararse a una certeza del cien por cien, pues bastaría apreciar que la situación de liquidez no fue superada para vaciar de contenido la posibilidad de desvirtuar dicha presunción. En definitiva la sentencia confirma que la probabilidad de que se aprobara el plan de saneamiento y, en consecuencia, de que la falta de liquidez desapareciera, “era prácticamente plena, es decir, rayana a la certeza, y no una mera suposición o expectativa”.

OCTAVO.- La apelante alega errónea valoración de la prueba, dado que las conclusiones las sustenta la *juez a quo*, de manera primordial, en el testimonio del Sr. B., en quien la actora advierte interés en el pleito atendida su condición de Presidente del Consejo Consultivo de E.M.G., GMBH y como beneficiario de alguno de los pagos aquí impugnados, alegación que compartimos.

Por “probabilidad rayana en la certeza” habrá que entender aquello que se presenta como muy verosímil, casi seguro y que sólo circunstancias extrañas e imprevisibles pueden impedir. Sin desprestigiar las dudas manifestadas por la recurrente sobre la credibilidad del testigo y aun dando por cierta la versión ofrecida de la reunión celebrada el 6 de julio por el Consejo Consultivo de E.M.G., GMBH, entendemos que ello no es suficiente para tener la certeza prácticamente total de que el plan de saneamiento iba a ser aprobado y, por ende, que la situación de insolvencia se superaría. La declaración del testigo

coincide con el contenido del acta levantada en esa reunión (documento 16 de la contestación) y con las manifestaciones de quienes participaron en ella, recogidas en las actas notariales aportadas como documentos 17 a 19. Admitimos como hecho probado que el demandado sometió a la aprobación del Consejo Consultivo su plan de viabilidad que, a su vez, iba a ser sometido a la Junta de socios los días 11 y 12 del mismo mes –cinco días después-. También que el Sr. B. consultó con los accionistas, quienes, de manera informal, le manifestaron su disposición a “tomar en consideración” dicho plan, por lo que el Sr. Bedel no preveía problemas para su aprobación”.

Ahora bien, el mero hecho de que el plan tuviera que ser aprobado finalmente por la Junta de socios arroja dudas suficientes sobre la decisión final, que han de ponderarse en función del grado de probabilidad exigible para desvirtuar la presunción de insolvencia. Y, lo que es más relevante, **entendemos imprudente efectuar juicios de probabilidad sobre lo que va a acontecer en un futuro, cuando sólo cinco días después, con un fin de semana en medio, se iba a conocer la posición final de los socios, que fue contraria a la aportación de nuevos fondos.**

Tampoco a los antecedentes previos puede atribuírsele, a estos efectos, la relevancia que le concede el demandado. No se conocen las circunstancias que rodearon la aportación de fondos a la sociedad o a otras empresas del grupo. Sin embargo, en la demanda se alude a cantidades –entre un millón y dos millones de euros- muy inferiores a la suma requerida –once millones- por el plan de viabilidad.

NOVENO.- Entendemos, en contra de lo esgrimido por la parte apelada, que la sentencia de 30 de septiembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Frankfurt (folio 538), dictada en el procedimiento seguido a instancia del administrador concursal de E.M.G., GMBH contra W.C., LLP, corrobora que no se tenía la certeza suficiente el 6 de julio de 2006 de que los socios fueran a apoyar el plan de saneamiento. La sentencia desestimó la demanda de reintegración del pago a esta última entidad el 7 de julio de 2006, dado que no se tuvo por acreditado que la allí demandada “estuviera al tanto de la supuesta intención de la deudora de perjudicar a sus acreedores”. En esa sentencia se señala que “la concursada había elaborado un amplio plan de saneamiento que preveía la aportación a corto plazo de recursos financieros adicionales por importe aproximado de 11 millones de euros por parte de los socios mayoritarios. El plan era además prometedor porque dos de los tres socios determinantes de la deudora mostraban ya básicamente su disposición para aportar los recursos necesarios para la continuidad de la concursada. Por otra parte, el hecho de que también en el pasado los socios de la concursada hubieran prestado su apoyo con recursos financieros permitía asimismo deducir un pronóstico positivo de los esfuerzos de saneamiento. Teniendo en cuenta estas circunstancias, de las cuales la demandada tenía conocimiento, no se puede afirmar con suficiente seguridad que tuviera conocimiento de la supuesta intención de la deudora de perjudicar a los acreedores”.

La sentencia habla de la “buena disposición” de dos de los tres socios o que existía la “esperanza justificada” de la llegada a corto plazo de ayuda financiera que permitiría superar la insolvencia. Tales circunstancias pueden enervar la buena fe del beneficiario del pago –W.C., LLP-. Por el contrario, en sede de responsabilidad del administrador conforme al artículo 64.2º de la Ley alemana, los fundamentos de la sentencia confirman que no existía la “probabilidad rayana en la certeza” de que E.M.G., GMBH recuperaría su capacidad de pago con las aportaciones de los socios.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Darmstadt de 23 de diciembre de 2010 (documento 35 de los aportados por la demandada, al folio 554), también en una acción de reintegración promovida por el administrador concursal de E.M.G., GMBH por un pago ilegítimo a M.C., S.L., llega a una conclusión diversa y confirma cuanto venimos exponiendo. La sentencia tiene por acreditado que el pago se produjo en situación de insolvencia, dado que las conclusiones de la pericial de STÜTTGEN AND PARTNER no habían sido refutadas.

DÉCIMO.- En definitiva, el demandado autorizó pagos por una cuantía de 513.156,86 euros –hecho que no se discute- encontrándose la sociedad de la que era administrador en situación de insolvencia por incapacidad de pago. Cuestión distinta es si, ello no obstante, de acuerdo con el marco normativo expuesto y con la jurisprudencia alemana, esos pagos fueron correctos por haberse realizado con la

diligencia de un verdadero hombre de negocios.

Descartamos que el hecho de que el demandado fuera asesorado por el equipo directivo de E.M.G., GMBH o por otros profesionales independientes, como W.C., LLP, pueda esgrimirse como causa exoneradora de la responsabilidad. Dicha entidad, que estuvo representada en el Consejo Consultivo celebrado el 6 de julio por el abogado Sr. P., fue beneficiaria de los pagos –y demandada, por tanto, en una de las acciones de reintegración-. Es más, consta que el Sr. J.R.F. fue prevenido en esa reunión de los riesgos de atender determinados pagos –en concreto, los referidos a trabajos de asesoría-. Según resulta de las manifestaciones del Sr. B., que estuvo presente en dicha reunión y extendió una nota de lo acontecido (documento 20, al folio 407), tanto éste como el Dr. K. advirtieron al demandado y al Sr. P. “de que procediendo de esa manera existía la amenaza de provocar bloqueos en el suministro y sufrir pérdidas en la producción y de tener dificultades con los aseguradores de créditos”. Ello no obstante se mantuvo “firme” en autorizar dichos pagos.

DECIMOPRIMERO.- El demandado acompaña a la contestación la relación de pagos y alega que buena parte de ellos los fueron “a proveedores de productos”. El objetivo prioritario con esos pagos, según se razona en la contestación, era mantener la actividad, conservar la masa activa y evitar mayores perjuicios. Sin embargo, correspondiéndole la carga de la prueba, entendemos que no ha acreditado aquello que alega. No consta si los pagos lo fueron por obligaciones vencidas y exigibles o, por el contrario, si se obtuvo una contraprestación correlativa que implicara, en los términos exigidos por el Derecho Alemán, el “ingreso de un contravalor en el patrimonio social”.

Según resulta de las periciales de parte y, fundamentalmente, de la pericial judicial del letrado Don Juan Ferré Falcón, **no todo pago a proveedores en situación de insolvencia es un pago legítimo que escapa de la acción de restitución del artículo 64.2º-1º de la Ley de Sociedades Alemana. Es necesario que el pago responda a una situación de urgencia o que redunde en un beneficio directo para la masa, bien porque contribuya a su conservación, bien porque se obtenga un contravalor equivalente. Y no ha quedado acreditado que tales circunstancias concurrieran en los pagos que autorizó el demandado.**

Por tanto, el demandado, al efectuar pagos en situación de insolvencia que no estaban justificados por alguna de las circunstancias expuestas, incurrió en la obligación de restituir que establece dicho precepto.

DECIMOSEGUNDO.- Tanto en el escrito de contestación como al oponerse al recurso, el demandado alega que el Derecho alemán no permite una duplicidad de reclamaciones, esto es, que no cabe el ejercicio paralelo de acciones por el administrador concursal contra el administrador social, al amparo del artículo 64.2º de la Ley de Sociedades, y contra los beneficiarios últimos de los pagos conforme al artículo 129 de la Ley Concursal Alemana.

El letrado Sr. Ferré Falcó, designado perito judicial, señaló en su informe –contestando a un extremo propuesto por el demandante- que “en caso de que el pago realizado por parte del administrador social sea susceptible de impugnación en virtud del artículo 129.1 de la Ley Concursal, el administrador concursal puede elegir entre impugnar el pago frente al beneficiario del mismo o ejercitar la acción del artículo 64.2 frente al administrador social”.

“Si el administrador concursal ejercita, en primer lugar, la acción de impugnación frente al acreedor beneficiario del acto impugnado, y este restituye lo recibido a la masa, no habría lugar para la acción del artículo 64.2º. Si, por el contrario, el administrador concursal decide dirigirse contra el administrador social en primer lugar, este tiene derecho, de conformidad con el artículo 255 BGB, a exigir al administrador concursal que le ceda la acción de impugnación”.

“Asimismo –termina señalando el perito-, el administrador concursal puede ejercitar una acción frente al administrador social y al beneficiario del pago en un único procedimiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos procesales necesarios, como por ejemplo competencia del mismo juzgado civil”.

En definitiva, **valorando el informe según las reglas de la sana crítica -dado que no es lo**

suficientemente preciso en este punto concreto- no es posible en el Derecho Alemán iniciar en paralelo dos acciones que en último término persiguen lo mismo –la restitución a la masa de pagos ilegítimos-, salvo que se ejerciten ambas acciones por el administrador concursal en un único procedimiento. La necesidad de “elegir” –término empleado por el perito- entre una y otra acción, las consecuencias de estimar una u otra sobre el procedimiento que se inicie en segundo lugar, la posibilidad de ceder la acción de impugnación en caso de que prospere la de responsabilidad y el hecho, corroborado por el perito en su informe, de que la acción frente al administrador no es subsidiaria de la de impugnación, nos permite concluir que las acciones son alternativas y que no pueden ser ejercitadas al mismo tiempo ante distintos tribunales.

El actor guarda silencio sobre este extremo en su recurso. Tampoco cuestiona que el Sr. W. haya iniciado en paralelo acciones de reintegración contra cuatro acreedores beneficiarios de los pagos –W.C., LLP, M.C., S.L., S.G.A., S.L. y M.C.-, por un importe total de 207.025,11 euros, algunas de las cuales se ha estimado.

En consecuencia, del total reclamado habrá que deducir aquel importe, por lo que, con estimación parcial del recurso, debemos revocar la sentencia de instancia y condenar al demandado al pago de 317.118,75 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de esta sentencia. El demandante no acredita, conforme exige el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en caso de estimación parcial de una demanda de responsabilidad del artículo 64.2º de la Ley de Sociedades Alemana, pueda anticiparse el devengo de intereses a un momento anterior.

DECIMOTERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente hacer pronunciamiento alguno de condena en costas de ninguna de las dos instancias.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 123/2013, de 21 de Marzo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En relación con la prueba negativa de **perjuicio a la masa**, en la acción de reintegración (71 LC), el **administrador** demandado tiene la carga de acreditar el correcto destino dado a los fondos extraídos de las arcas de la sociedad aplicándolos a atender pretendidas obligaciones sociales. La acreditación requiere una **justificación de carácter particular: pago por pago**. No es suficiente la presentación de un informe pericial genérico que pretenda justificar esos pagos.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El administrador concursal de GRA., S.L. ejercita acción de reintegración a la masa contra dos de los socios de la concursada, el Sr. J.R. (también administrador) y la Sra. R., a los que imputa haber detraído de las arcas sociales la cantidad de 600.276,89 euros durante los dos años anteriores a la declaración del concurso sin tener en cuenta la existencia de acreedores cuyos créditos no resultaron atendidos. También solicita que se reintegre un pago de 30.000 euros hecho a una sociedad vinculada con la concursada, DOT., S.L.

2. Los socios demandados, si bien admitieron la existencia de irregularidades contables, afirmaron que los pagos cuya reintegración se solicita estaban justificados porque se trataba de operaciones propias del giro ordinario de la empresa, esto es, que fueron aplicados por el administrador al pago de deudas sociales.

DOT., S.L. negó la vinculación con la concursada y afirmó que el pago de 30.000 euros se produjo en devolución del préstamo que hizo a la concursada para que solventara, de forma transitoria, sus dificultades de tesorería.

3. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda considerando que los Sres. R. y R. no habían acreditado siquiera el concepto por el que se hicieron los pagos cuestionados y que en ningún caso los mismos podrían tener la condición de operaciones ordinarias del giro o tráfico de la concursada. También consideró que DOT., S.L. era una sociedad vinculada y que tampoco había acreditado que el pago que se le hizo no fuera perjudicial para la masa.

4. Recurre únicamente el Sr. R., que funda su discrepancia de la resolución recurrida en la existencia de error en la valoración de la prueba, por no haber tomado en consideración la pericial practicada que acredita que las cantidades detraídas de las cuentas por el administrador se aplicaron a pagar obligaciones corrientes de la sociedad, tales como el pago de las semanadas o jornales de los trabajadores de la empresa, que cobraban semanalmente y en efectivo. En opinión del recurrente, de la prueba practicada, y particularmente de la referida pericial, que ha valorado la ingente documentación aportada al proceso por el administrador de la sociedad, se deriva que el destino de los pagos que se han imputado a los demandados no fue su provecho personal sino atender al pago de obligaciones de la sociedad. También alegó que con los pagos a los acreedores no se ha infringido la *par condicio* por cuanto se trata más bien de devoluciones de anticipos.

SEGUNDO. 5. Como punto de partida, antes de entrar propiamente en las cuestiones que el recurso plantea, es preciso decir que la demanda del AC justificó el ejercicio de la acción de reintegración exponiendo que al analizar la contabilidad de la concursada, advirtió en la misma la existencia de dos cuentas contables: (i) 553000 CUENTA SOCIOS Y ADMINISTRADORES; y (ii) 171000 CUENTA SOCIOS Y ADMINISTRADORES, que reflejaban importantes salidas de dinero de la sociedad durante el año 2007 (el concurso se declaró en 13 de marzo de 2008).

La cuenta 553000 se exponía que se trataba de una cuenta a corto plazo en la que se contabilizan todas las entradas de dinero por préstamos de socios y administradores y las salidas efectuadas por la devolución de los mismos y que el AC advirtió que la misma reflejaba devoluciones practicadas durante el ejercicio 2006 por importe de 363.000 euros y durante 2007 por 337.908,98 euros, por lo que requirió al administrador de la sociedad Sr. R. para que le explicara esos movimientos, a lo que éste dio respuesta con la entrega de una ingente documentación que, en principio, acreditaba las salidas de dinero que esa cuenta reflejaba.

La cuenta 171000 se afirmaba que es una cuenta a largo plazo en la que se han ido contabilizando préstamos que los socios han ido aportando a la sociedad, así como las recuperaciones de los mismos. Su examen reflejaba un saldo de 437.088,37 euros a inicios del ejercicio 2007 que procedía del ejercicio anterior. Los diversos apuntes del ejercicio 2007 dejan reducido a cero ese saldo.

También se exponía que se habían detectado sistemáticas salidas de dinero operadas por el Sr. R. por una cuantía total de 578.476,89 euros y por R.R. por importe de 21.800 euros, así como el pago de la cantidad de 30.000 euros a DOT., S.L. Los diversos pagos o salidas del patrimonio de la concursada se detallan en un cuadro que refleja 24 pagos entre el 4 de enero de 2007 y 31 de diciembre de 2007.

6. Los demandados alegaron que cada uno de esos 24 "movimientos" tenían perfecta explicación y justificación y los clasificaba en dos tipos de operaciones:

a) Detracciones sistemáticas para afrontar el pago mensual de remuneraciones de trabajadores y facturas de proveedores que exigían pago efectivo.

b) Devolución en efectivo de anticipos de clientes, correspondientes a presupuestos aceptados y luego no ejecutados por imposibilidad sobrevenida.

También exponía que las cuentas referidas fueron "mal utilizadas" como cajón de sastre de apuntes contables para cuadrar las cuentas.

Aporta como documento 3 (folio 230) el contrato firmado el 4-1-2008 por el que LAS., S.L. afirma haber recibido la cantidad de 125.927,28 euros correspondiente al reintegro de entregas dinerarias (mediante una serie de pagos parciales, que no se detallan). Y como doc. 4 se aporta otro contrato por el que se

afirma haber hecho pagos por importe de 492.756,83 euros a F.M., S.L., también mediante pagos parciales que no se detallan.

TERCERO. 7. Es un dato que contextualiza el conflicto que enfrenta a las partes y que éstas no discuten la existencia de gravísimas irregularidades contables en la contabilidad de la concursada, de manera que la misma no posibilita la comprensión de su situación patrimonial. Es cierto que esas irregularidades no justifican el éxito de la acción de reintegración, como afirma la recurrente, sin perjuicio de las consecuencias que de las mismas puedan resultar y que es en la pieza de calificación donde se han de extraer. No obstante, actúan como trasfondo en el presente proceso porque, en opinión del recurrente, esas irregularidades, que no le son personalmente imputables (sino al gestor encargado de la llevanza de la contabilidad), no pueden impedir que acredite el destino de los fondos a los que se refiere la demanda.

8. Compartimos el punto de vista de la recurrente en este punto. **La existencia de irregularidades contables, con independencia de a quién sean imputables, no puede impedir que los demandados acrediten que no dieron a los fondos extraídos de las arcas sociales un destino privado sino que los aplicaron al pago de deudas sociales, como afirman que hicieron.**

El objeto de este proceso consiste exclusivamente en determinar si los pagos salieron del patrimonio de la sociedad sin contraprestación y constituyen, por ello, actos en perjuicio de la masa.

9. Por otra parte, tampoco interesan a este proceso los pagos hechos por la sociedad concursada, a través de su administrador Sr. R. a otros acreedores. Aunque los mismos pudieran ser objeto de reintegración por ser perjudiciales a la masa, al haberse efectuado estando ya en insolvencia la concursada, lo cierto es que no están siendo objeto de reintegración en este procedimiento. No podemos olvidar que el único objeto de este incidente está constituido por pagos al administrador y socio Sr. R., así como a la socia Sra. R.R. y a una sociedad vinculada. Y, de todos ellos, tampoco podemos ignorar que el recurso únicamente cuestiona los pagos realizados al administrador, esto es, pagos que suponen la cantidad total de 578.476,89 euros.

CUARTO. 9. Está acreditado que el Sr. R. hizo hasta 24 extracciones distintas de las cuentas de la sociedad a lo largo de todo el año 2007 por importes que iban desde los 1.000 euros hasta los 105.000 euros. Para acreditar el destino de los mismos la parte demandada acude a la alegación de que se aplicaron al pago de obligaciones sociales, sea a obligaciones corrientes, como el pago de nóminas, o bien al pago de acreedores sociales, y cita dos concretas deudas, correspondientes a devoluciones de cantidad percibidas a cuenta de obras a ejecutar. En suma, **no ofrece una acreditación concreta de cada una de las concretas partidas extraídas sino que acude a una justificación de carácter general.** Y, para acreditar que el destino de esas cantidades es el que afirma, aporta un informe pericial que ha pretendido rehacer toda la contabilidad de la concursada para justificar el destino dado a esos fondos.

10. Por bien que haya querido hacer el perito su trabajo intentando rehacer años más tarde la chapucera contabilidad de la concursada, **la credibilidad de su informe no puede ser excesiva, porque nada garantiza que los datos que ha podido tomar en consideración ahora sean datos contrastables o contrastados.** Sin ir más lejos, así lo explica un dato incomprensible: mientras la contestación afirmaba que se habían hecho pagos a LAS., S.L. por importe de 125.927,28 euros, y se aportaba un contrato de transacción que los justificaban presuntamente, el perito informa que esos pagos habían sido por importe de 269.000 euros, según lo que resultaba de los papeles que le fueron entregados para su examen, sin que conozcamos a qué obedece una diferencia tan apreciable.

Por otra parte, si a los pagos que se afirman realizados a LAS., S.L. se unen los de 492.756,83 euros a F.M., S.L. el resultado es una cantidad muy superior a la que aparece extraída de las arcas sociales, lo que nos parece igual de incomprensible.

También nos parece extraño que esos pagos tan importantes se hayan hecho en efectivo, lo que resulta sorprendente si se considera que se afirma que se trata de devolución de cantidades entregadas a cuenta de obras a efectuar, y no aparecen en la contabilidad recibos acreditativos de cuándo y cómo se hicieron

los mismos. Podemos entender que **la falta de diligencia del administrador justifique falta de documentación sobre pagos de pequeñas cantidades, pero no de pagos de esos importes.**

11. Y tampoco podemos entender que los demás pagos que se afirman realizados por el administrador, correspondientes a obligaciones sociales corrientes, tuvieran justificación documental clara, de manera que podamos considerar que el demandado haya justificado de forma concreta el destino dado a cada una de las extracciones de fondos de las cuentas sociales. Por consiguiente, **esa ausencia de justificación no puede ser suplida, como pretende la parte, con la práctica de un informe pericial que pretende justificar de forma gruesa o alzada esos pagos.** El informe no es útil en ese sentido porque no permite casar o relacionar de forma concreta las extracciones y su destino, por lo que debemos compartir el punto de vista que expresa la resolución recurrida. **El administrador demandado, que tiene la carga de acreditar el destino dado a esos fondos, no ha acreditado que los aplicara a obligaciones sociales, como afirma.** Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado.

QUINTO. 12. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 142/2013, de 8 de Abril de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Ante un presunto **préstamo social al administrador de hecho** éste debe acreditar que lo devolvió, de forma que los pagos no comportaran perjuicio alguno para la masa del concurso. No son suficientes para acreditar dicha devolución unos meros apuntes en un extracto bancario con cantidades aproximadas.

El **administrador social de hecho**, al tener acceso a toda la información relativa a la gestión social, soporta la carga de la acreditación sobre el destino dado a las cantidades cobradas (principio de facilidad probatoria, art. 217.7 LEC).

Unas simples facturas, que no expresan quién adquiere ni el destino de los productos adquiridos (en fines de semana, en gasolineras y supermercados), no acreditan que las cantidades extraídas de la cuenta de la sociedad se hayan destinado de forma efectiva al **pago de obligaciones sociales.**

Ante la falta de prueba de contraprestación efectiva de los pagos, es presumible que se hayan aplicado a **fines propios**, y por tanto rescindibles, al resultar pagos hechos en perjuicio de la masa.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Administración concursal ejerció una acción de reintegración contra la concursada W.C.S.S., S.L.U. y contra J.C.P.G. por medio de la cual pretendía que se declararan perjudiciales para la masa una serie de pagos o salidas de las cuentas de la concursada con destino al Sr. J.C.P.G. y que se ordenara a éste reintegrar a la masa la cantidad total a que ascendían esos pagos, esto es, la suma de 282.552,42 euros.

2. El Sr. J.C.P.G. no compareció en las actuaciones durante la primera instancia, razón por la que fue declarado en rebeldía, situación en la que se mantuvo durante toda la primera instancia.

3. La concursada se opuso a la demanda alegando que de ninguna de las cantidades que salieron de sus arcas se benefició personalmente el Sr. J.C.P.G. Así, estima que debe distinguirse entre dos conceptos distintos: (i) respecto de la total cantidad de 134.562,42 euros, percibida por medio de una pluralidad de pagos de pequeñas cantidades que recibió el Sr. J.C.P.G., su destino fue atender deudas de la sociedad; y (ii) en cuanto a la cantidad de 147.990 euros, que recibió mediante dos pagos, tampoco fue una cantidad de la que se lucrara el Sr. J.C.P.G. sino que aplicó esas cantidades a atender deudas de otras sociedades del grupo, que las repusieron unos días más tarde a las arcas de la concursada.

4. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda considerando que no había resultado acreditado que la cantidad de 147.990 euros ingresara de nuevo en las cuentas sociales y tampoco que el destino de la cantidad de 132.562,42 euros fuera el pago de deudas sociales. Por ello considera que se trata de pagos injustificados, esto es, sin contraprestación, ya que no había resultado acreditado que el Sr. J.C.P.G. desempeñara trabajo alguno para la sociedad.

5. El recurso del Sr. J.C.P.G. cuestiona que su rebeldía pueda ser valorada como allanamiento o admisión de los hechos e insiste en los mismos argumentos opuestos por la concursada al contestar, esto es, que no se benefició con ninguna de las cantidades cobradas, sino que actuó como un mero factor mercantil de la concursada, para lo que ostentaba un apoderamiento general, y aplicó todas las cantidades cobradas al pago de deudas de la sociedad o bien a otras finalidades de interés de la sociedad.

SEGUNDO. 6. Antes de entrar en las cuestiones que plantea el recurso es preciso decir que la AC admite que el Sr. J.C.P.G., aunque no tiene inscrito en el Registro Mercantil su apoderamiento, era quien controlaba la concursada como verdadero administrador de hecho, a la vez que presidente, socio mayoritario (con un 99 % de las participaciones sociales) de la sociedad francesa W.C.S., S.A.S., socia única de la concursada.

7. También como punto de partida es preciso tomar en consideración que la total cantidad objeto de reintegración, que asciende en conjunto a 282.552,42 euros, corresponde a 72 pagos en efectivo hechos a favor del Sr. J.C.P.G. desde la cuenta bancaria a través de la cual trabajaba la concursada en la entidad Bankia. Las fechas de esos pagos se encuentran entre el 31 de diciembre de 2009 y el 16 de septiembre de 2011 y se trata de pagos que en su mayor parte son de importes modestos, salvo en dos casos: (i) el pago de 47.990 euros de fecha 31 de diciembre de 2009 y (ii) el de 100.000 euros de 28 de octubre de 2010. También podemos apreciar la existencia de un pago de 9.000 euros y otros dos que superan ligeramente los 5.000 euros.

TERCERO. 8. Coincidimos con el recurrente en que su rebeldía no puede ser valorada como afirma la resolución recurrida, esto es, como el reconocimiento o admisión de los hechos de la demanda. El art. 496.2 LEC es muy claro cuando determina que la rebeldía no equivale al allanamiento o a la admisión de los hechos de la demanda, sino a la oposición a la demanda por parte del demandado rebelde.

No obstante, aunque la resolución recurrida haya afirmado eso, no creemos que realmente haya hecho aplicación de esa idea, pues el juzgado no se ha limitado a justificar con ella su decisión sino que ha dado cumplida respuesta a todos los motivos de oposición opuestos por la concursada, que coinciden sustancialmente con los que fundan el recurso. Esto es, la resolución estimatoria de la acción de reintegración se funda en la apreciación de que se han hecho pagos de forma injustificada a alguien que no se acreditaba que tuviera razones para recibirlos y tampoco se había acreditado que hubiera destinado esos pagos a la satisfacción de obligaciones sociales o bien que los hubiera devuelto posteriormente a las arcas sociales.

Por consiguiente, en realidad no ha existido infracción sustancial de lo establecido en el art. 496.2 LEC, dado que el **juzgado mercantil** no ha considerado realmente acreditados los hechos de la demanda por la rebeldía del Sr. J.C.P.G., sino que si **ha considerado acreditados los hechos de la demanda, es porque no se ha ofrecido una explicación razonable sobre el hecho de que el Sr. J.C.P.G. percibiera en efectivo cantidades tan abultadas cuando, al menos formalmente, no ostentaba cargo alguno en la sociedad, y porque tampoco se ha dado una justificación cumplida sobre el destino aplicado a las cantidades percibidas.**

CUARTO. 9. Para dar respuesta a las cuestiones que el recurso plantea distinguiremos, como antes ha hecho la resolución recurrida, los pagos cuestionados en dos grupos. El primero de ellos se refiere a la cantidad de 147.990 euros. En la relación de pagos que la AC solicita que se reintegren se encuentran dos pagos cuyo importe sobrepasa: (i) el de 47.990 euros, de fecha 31 de diciembre de 2009; y (ii) el de 100.000 euros de fecha 28 de octubre de 2010.

La concursada, primero, y ahora el Sr. J.C.P.G., alegan que esos pagos fueron reintegrados a la cuenta de la concursada, tal y como resulta de los propios extractos bancarios aportados por la AC junto a su demanda. El Sr. J.C.P.G. precisa en su recurso que la destinataria real de esos pagos era la entidad M., S.L. **No obstante, sus alegaciones no son suficientes para estimar acreditado ese hecho y no podemos tomar en consideración la documentación que aporta (presuntamente acreditativa de ese destino de los pagos) porque es extemporánea.** Debió haber sido aportada durante la primera instancia. Ninguno de los documentos aportados con el recurso lo podemos valorar, ni siquiera por el hecho de que no hayan podido ser expulsados formalmente del proceso, ya que la parte ha acudido a la argucia de transcribirlos como parte integrante de su recurso. Con ello no evita que opere la **sanción de preclusión** que nos impide poderlos tomar en consideración como medio de prueba de los hechos cuestionados.

10. Por consiguiente, la **única prueba** que podemos valorar es la aportada durante la primera instancia, que se concreta, a estos efectos, en el propio **extracto de cuenta** aportado por la AC junto con su demanda. Del mismo resulta, como expresa la resolución recurrida, la **existencia de dos ingresos: (i) uno de 46.140,50 euros, de fecha 5 de agosto; y (ii) otro de 99.700 euros, de fecha 2 de noviembre de 2010.** Compartimos con la resolución recurrida que **no es suficiente con la existencia de esos apuntes para acreditar la devolución de las cantidades percibidas cuando ni siquiera corresponden bien las cantidades, sino que solo son aproximadas,** en uno de los casos existe una distancia temporal muy apreciable entre la salida y la entrada (más de 7 meses) y no podemos conocer siquiera cuál es el origen de esos fondos ni tampoco la razón por la que fueron extraídas esas cantidades de la cuenta de la concursada. Es posible que el destino sea el que afirma el recurrente, y antes la propia concursada; no obstante, en tal caso, **no nos explicamos la razón por la que esa transferencia de los fondos no se hizo directamente y se utilizó como puente al Sr. J.C.P.G.**

11. No podemos ignorar el hecho de que, acreditada por el Administrador concursal los **pagos hechos por la concursada a favor del Sr. J.C.P.G., le correspondía a éste la carga de la acreditación de que los mismos no fueron pagos hechos en perjuicio de la masa activa del concurso.** Así resulta tanto del hecho de que hicieramos aplicación de la presunción del art. 71.3, 1.º LC, esto es, de la consideración del Sr. J.C.P.G. como persona especialmente relacionada con la concursada, posición que resulta muy razonable atribuirle a partir de los propios hechos que expone el recurso, que le atribuye la posición de verdadero administrador de hecho de la concursada (aunque procurando con mucho cuidado no utilizar esa expresión), como en el caso de que no hagamos aplicación de esa presunción, como hace la resolución recurrida. Lo cierto es que **la posición que ocupaba el Sr. J.C.P.G. dentro de la sociedad le colocaba en una posición de privilegio para poder tener acceso a toda la información relativa a su gestión y determina que deba soportar la carga de la acreditación de los hechos introducidos por su parte en el proceso (y antes por la concursada) esto es, el destino dado a las cantidades cobradas, pues así lo impone el principio de facilidad probatoria que se establece en el art. 217.7 LEC.**

12. **No consideramos que,** a partir de los datos que podemos conocer y valorar sobre el destino dato a los dos pagos por importe de 147.990 euros, **podamos considerar acreditado que esa cantidad fue ingresada de nuevo por el Sr. J.C.P.G. en las arcas sociales, de forma que los pagos no comportaron perjuicio alguno para la masa del concurso.**

QUINTO. 13. Respecto de los demás pagos, por un importe global de 134.562,42 euros, lo manifestado entonces por la concursada y ahora por la recurrente es que se destinaron a gastos del equipo comercial de la compañía, tales como carburantes, desplazamientos, comidas, etc.

14. La resolución recurrida considera que no puede considerar justificados esos pagos a partir de la ingente documentación aportada por la concursada al contestar a la demanda, ya que la concursada no ha explicado el tipo de relación que tenía con el demandado Sr. J.C.P.G., a pesar del poder general que el mismo ostenta, y esos tickets pueden referirse perfectamente a otros empleados o representantes de la sociedad.

15. El recurso del Sr. J.C.P.G. precisa algo más el destino de esas cantidades y expresa que el destino fue el siguiente:

- a) 24.419,35 euros fueron transferidos a la entidad M., S.L. (cuya relación con la concursada no se explica, si bien el AC afirma que se trata de una entidad vinculada).
- b) 2.744,94 euros fueron destinados por el Sr. J.C.P.G. a cambio de moneda, necesaria para su actividad comercial en el extranjero.
- c) 107.398,13 euros fueron destinados al pago de dietas y gastos, esto es, transporte, carburante, alojamiento, billetes de avión, etc.

16. **El examen de la documentación** aportada al contestar a la demanda, única prueba que podemos valorar a estos efectos, según antes ya hemos razonado, **evidencia que los pagos con los que presuntamente se pretende acreditar el destino dado al dinero extraído de las cuentas de la concursada corresponde a pequeñas compras en gasolineras y supermercados**. En muchos casos el establecimiento es el mismo, el servicio Repsol-Opencor de c/Cerdeña con Ronda Nort de Sant Cugat del Vallés o bien el establecimiento Repsol-Opencor de c/Collserola, 2 de Barcelona. Y además de combustible los tickets acreditan que se habían adquirido, además de barras de pan, en diversidad de ocasiones, productos tales como La Vanguardia, en su edición dominical correspondiente al domingo 12 de febrero de 2010 (folio 137) o alguna bebida energética o incluso pipas (folio 142). También son muy reiterados los recibos correspondientes a "Carburantes Lumo, S.L." de c/ General Yagüe, 5 de Madrid. Otros recibos corresponden a compras en el establecimiento denominado Servicio Estación, e incluye productos tales como una manguera estriada, adquirida durante el mes de agosto de 2010. **No resulta infrecuente que algunos de los recibos correspondientes a suministro de gasóleo correspondan a domingos**, como ocurre con el que incorporado como folio 162, correspondiente al 30 de mayo de 2010. También encontramos dos recibos de un establecimiento de la población de Sant Cugat denominado "Sushishop" y que presuntamente corresponden a la adquisición de la conocida comida japonesa, uno de ellos el sábado 24 de abril a las 20,31 horas o bien una factura del sábado 3 de abril de 2010 correspondiente a 8 calçotades.

17. En suma, debemos compartir la opinión del Administrador concursal y de la resolución recurrida acerca de que esos documentos nada acreditan respecto del destino dado por el Sr. J.C.P.G. a los fondos extraídos de las arcas de la sociedad, pues se trata de **simples facturas que ni siquiera expresan quién es el que adquiere ni el destino de los productos adquiridos, muchos de los cuales incluso resulta poco razonable pensar que fueran adquiridos en provecho de la sociedad concursada**.

Por consiguiente, no podemos estimar el recurso del Sr. J.C.P.G., porque **no ha acreditado que ninguna de las cantidades extraídas de la cuenta de la sociedad la haya destinado de forma efectiva al pago de obligaciones sociales**. Por consiguiente, **debemos presumir que las ha aplicado a fines propios**, lo que determina que debemos considerar que todos los pagos deben ser rescindidos, al resultar evidente que **si no tienen contraprestación efectiva, son pagos hechos en perjuicio de la masa**.

SEXTO. 18. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 151/2013, de 10 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En relación con la acción de rescisión concursal del art. 71.1 LC, se considera un acto de disposición a título gratuito, y por tanto perjudicial para la masa activa (presunción *iuris et de iure*, art. 71.2 LC), un **préstamo con ausencia de prueba sobre su causa jurídica**.

El perjuicio a la masa activa deriva de su concesión a una sociedad con la que se carece de cualquier tipo de relación comercial y de cuya solvencia no se tiene constancia alguna, sin pacto de devengo de intereses y sin vencimiento determinado, lo que viene a constituir un sacrificio patrimonial injustificado que ha provocado una disminución directa de la masa activa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La administración concursal (AC) designada en el concurso de W.C.S.S., S.L.U. ejercitó la acción de rescisión concursal prevista en el art. 71.1 LC con el fin de que la sociedad R.P.L., S.L. fuera condenada a restituir a la masa activa la cantidad total de 32.742,44 €, que le fue entregada por la concursada mediante varios pagos realizados entre abril y agosto de 2010.

W.C.S.S., S.L.U. solicitó su concurso el 14 de noviembre de 2011 y fue declarado por auto de fecha 19 de diciembre de ese año.

Las entregas dinerarias fueron efectuadas a R.P.L., S.L. el 16 de abril (16.000 €), 17 de junio (1.200 €), 12 de julio (11.160 €) y 26 de agosto de 2010 (4.382,44 €).

2. La AC alegaba en la demanda que estas entregas dinerarias no se justificaban por la actividad comercial o empresarial de la concursada, no constaba contraprestación alguna ni existía ningún tipo de relación comercial con la sociedad beneficiaria, y apuntaba el dato de que el administrador único de R.P.L., S.L., el Sr. R.P.L., es hijo del apoderado general de la concursada, Sr. J.C.P.G.

En atención a la ausencia de correlativa contraprestación y de justificación comercial, la AC consideraba tales disposiciones como actos a título gratuito, reclamando por ello la aplicación de la presunción *iuris et de iure* (sin posibilidad de prueba en contrario) de perjuicio a la masa activa que establece el art. 71.2 LC.

Alegaba, en todo caso, la causación de un perjuicio a la masa: las disposiciones efectuadas por la concursada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, a favor de la referida sociedad (administrada por el hijo del apoderado general de la concursada) implicaron una disminución de su patrimonio y además impidieron el desarrollo con normalidad de su actividad empresarial.

3. La concursada, evacuando el trámite de contestación a la demanda, presentó un escrito alegatorio en el que no se oponía expresamente a la pretensión. Alegó que las entregas dinerarias efectuadas a favor de R.P.L., S.L. tenían su causa en un préstamo que otorgaba la concursada a esta segunda sociedad, a la espera de que la misma pudiera encontrar el patrocinio que buscaba para el desarrollo de su actividad. Prescindía de ofrecer una valoración sobre el posible perjuicio causado a la masa activa, desplazando la prueba de este extremo hacia la parte actora e interesaba finalmente que se dictara la sentencia que correspondiera a la vista de los hechos expuestos.

R.P.L., S.L., emplazada en forma personal, se abstuvo voluntariamente de comparecer en la fase declarativa del litigio, de modo que no contestó a la demanda ni propuso prueba alguna conducente a su derecho.

4. La sentencia de la primera instancia consideró que la postura procesal de R.P.L., S.L. implicaba la admisión de los hechos y la nulidad o ineficacia de los actos objeto de la demanda, teniendo en cuenta así mismo que la concursada no se había opuesto frontalmente a la acción de rescisión.

Argumentaba, además, que fueron actos de disposición a título gratuito por carecer de justificación alguna, realizados en época próxima a la solicitud de concurso y con el fin de perjudicar a la masa activa y a los acreedores, traduciéndose, en fin, en un sacrificio injustificado.

5. R.P.L., S.L. se personó tras ser notificada de la sentencia e interpuso recurso de apelación, en el que, como primer motivo de impugnación, censura que la sentencia haya equiparado la situación procesal de rebeldía a un allanamiento. Alega seguidamente que las cantidades entregadas respondían a un préstamo que quedó contabilizado en los libros de la sociedad, por lo que la acción procedente no es la de rescisión sino en su caso la de reclamación de la devolución de las cantidades prestadas.

6. Ciertamente, conforme dispone el art. 496.2 LEC, la declaración de rebeldía *“no será considerada como un allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda...”*.

Pero la norma no prohíbe que la situación de rebeldía voluntaria o consentida del demandado pueda ser valorada en orden a la fijación de los hechos que han de soportar el enjuiciamiento jurídico, cuando el demandado que ha sido debida y oportunamente emplazado no comparece en el juicio para oponerse a la demanda o contradecir sus bases fácticas, renunciando voluntariamente a la oportunidad alegatoria y probatoria. La situación creada por su ausencia en el proceso no debe conducir a situarle en mejor posición que al demandado que comparece y expone su posicionamiento frente a la demanda, ni a perjudicar la posición probatoria de la parte actora. En todo caso, **la falta de comparecencia, defensa y prueba repercutirá negativamente en su posición ante la ausencia de alegación de hechos extintivos, impeditivos o excluyentes y de la acreditación de los hechos relevantes sobre los que tenga la facilidad y disponibilidad probatoria o cuyos medios de prueba pertenezcan a su ámbito de control (art. 217.7 LEC).**

7. **No se ha negado la realidad de las entregas dinerarias en las fechas indicadas, y resultan de la documentación aportada con la demanda. La concursada se limitó a alegar que se trataba de un préstamo, y la beneficiaria de los pagos, como se ha dicho, nada manifestó en la fase declarativa. Es en el recurso cuando reacciona y alega que respondían a un préstamo, sin mayor especificación sobre sus condiciones.**

Admitida la realidad del desplazamiento dinerario, sobre las demandadas, ordenante y beneficiaria, pesaba la carga de probar su causa jurídica, y ninguna de ellas ha hecho el mínimo esfuerzo en acreditar que responde a un préstamo. La AC detectó los pagos a partir de los extractos bancarios de la sociedad concursada y afirma que no han sido registrados en su contabilidad, ni consta en el activo declarado un derecho de crédito contra R.P.L., S.L. a raíz de esas disposiciones dinerarias. Tampoco consta que esta última haya contabilizado como préstamo, en el pasivo de sus balances, las sumas percibidas, ni, en fin, se ha aportado un contrato de préstamo que justifique las disposiciones, a lo que se añade el dato de la vinculación familiar entre el apoderado general de la concursada y el administrador de la sociedad beneficiaria.

En este contexto, **debido a la ausencia de prueba sobre la realidad de la causa jurídica de un préstamo, que ni siquiera alegó la ahora apelante en la primera instancia, la conclusión de que se trató de actos de disposición a título gratuito es razonable.**

8. En todo caso, aun si se considerara un verdadero préstamo, el perjuicio a la masa activa deriva de su concesión a una sociedad con la que se carece de cualquier tipo de relación comercial y de cuya solvencia no se tiene constancia alguna, sin pacto de devengo de intereses y sin vencimiento determinado, lo que viene a constituir un sacrificio patrimonial injustificado que ha provocado una disminución directa de la masa activa.

9. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 156/2013, de 15 de Abril de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El juicio sobre el **perjuicio para la masa** exige que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial, sin justificación.

En el presente caso, la ampliación del plazo de devolución, convirtiendo una obligación exigible en otra aplazada, unido a la **reducción sustancial de tipos**, entendemos que no justifica la merma patrimonial derivada de **la constitución de la hipoteca**. Es necesaria una ponderación entre la merma patrimonial derivada de la constitución de la garantía real y el beneficio reportado al deudor por las modificaciones en la obligación principal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La administración concursal de INF. CAST., S.L., sociedad declarada en concurso por auto de 21 de septiembre de 2010, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, interpuso demanda de reintegración de la garantía real acordada con la demandada CAIXA D'ESTALVIS UNIÓ DE CAIXES DE MANLLEU, SABADELL I TERRASSA (UNNIM) sobre un inmueble de la concursada sita en Castellar del Vallés, zona industrial Can Carné. En el marco de un acuerdo de refinanciación de deuda propia y de deudas de empresas vinculadas que la concursada avalaba de forma solidaria, el 27 de febrero de 2009 ambas partes suscribieron ante la Notario de Sabadell Doña Araceli García Cortés la escritura pública que se acompaña a la demanda como documento número cuatro, por la que la entidad de crédito entregaba la cantidad de 200.000 euros en concepto de préstamo, a devolver en un plazo de diez años, constituyendo la concursada hipoteca sobre el referido inmueble.

Es un hecho no controvertido que el capital prestado se destinó a atender deuda preexistente de la propia concursada INF. CAST., S.L. o de sus empresas vinculadas FARM., S.L. y FAR., S.L. por un importe de 184.99,72 euros, destinándose el resto -15.000,37 euros- a atender los gastos de la operación.

La administración concursal consideró en su escrito de demanda que la asunción por la concursada de deuda ajena constituía un acto de disposición a título gratuito del artículo 71.2º de la Ley Concursal. Por todo ello interesó se declarara la rescisión de la hipoteca y se ordenara la reintegración de la cantidad destinada a atender deudas de FARM., S.L. y FAR., S.L., por importe de 124.487,50, entidades que, sin embargo, no fueron demandadas. Alternativamente, en caso de no apreciarse la gratuidad del acto, interesó se acordara la rescisión por haberse constituido una garantía real sobre obligaciones que hasta entonces no estaban garantizadas. Y, en uno y otro caso, solicitó se condenara a UNNIM al pago de los gastos de constitución (15.000,37 euros), más los intereses devengados de la deuda de las vinculadas.

La concursada se allanó íntegramente a la demanda. UNNIM, por su parte, se allanó a la reintegración de la garantía hipotecaria, que ya estaba siendo objeto de ejecución por hipotecas anteriores, oponiéndose al resto de las pretensiones. Negó que el acto fuera a título gratuito, pues aun admitiendo que el capital prestado se destinó a satisfacer deuda preexistente en el marco de un acuerdo de refinanciación, afirmó que la deuda era de la concursada, bien como acreditada principal, bien como fiadora solidaria de las empresas del grupo. El acto, además de ser a título oneroso, al entender de la demandada no fue perjudicial para la masa activa, dado que evitó que la concursada tuviera que hacer frente a obligación vencidas líquidas y exigibles. Además, la hipoteca se constituyó sobre una nave que se hallaba previamente hipotecada, hasta el punto de haberse iniciado un proceso de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Sabadell (autos

1091/2010) –de ahí que no se oponga a la rescisión de la garantía-.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia descarta, de entrada, que la operación lo fuera a título gratuito, por cuanto de la propia documentación acompañada con la demanda se desprende que INF. CAST., S.L. era deudora de UNNIM por un importe ligeramente superior a 60.000 euros y que afianzaba el resto de la deuda de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión.

Excluida la gratuidad, la sentencia analiza a continuación en su fundamento decimosegundo si el acto es o no perjudicial para la masa, concluyendo que sí lo es dado que el importe del préstamo se destinó de modo casi automático a la cancelación de deudas vencidas o de vencimiento muy cercano. “La concursada –señala la sentencia- no recibió realmente nuevas fuentes de financiación para aplicar a sus gastos ordinarios, sino que la práctica totalidad de lo percibido sirvió para cancelar deudas que, en escenario concursal, tendrían la consideración de ordinarias”. La única ventaja que habría obtenido la concursada es conseguir que una deuda en su mayor parte vencida pasara a ser a largo plazo. Por todo ello acuerda la rescisión de la hipoteca, manda cancelar los asientos registrales y condena a UNNIM al pago 15.000,37 euros.

La sentencia es recurrida por la entidad de crédito, que insiste en que el acto a título oneroso no fue perjudicial para la masa activa, por lo que no viene obligada a restituir los gastos de cancelación. Alega la recurrente que la finca hipotecada estaba previamente gravada con otras tres hipotecas que respondían por préstamos por un importe aproximado de 1.200.000 euros. Por ello refuta la afirmación de la sentencia de que el nuevo préstamo “*determine una pérdida objetiva del valor de realización del bien que pasa ahora a tener cargas y será menos atractivo para terceros compradores cuando constaten que el mismo tiene cargas reales*”. Por ello limita el recurso a que se revoque el pronunciamiento de condena, dado que el acto no resultó perjudicial para la masa.

TERCERO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, “cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93, y el apartado segundo “la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas”. En los demás casos, esto es, de no concurrir alguna de las circunstancias reseñadas, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).

CUARTO.- En el presente caso, atendido el contenido del recurso, debemos analizar **si la constitución de una hipoteca sobre una finca previamente hipotecada, en garantía de un préstamo que se destina íntegramente a satisfacer obligaciones previas de la concursada –como deudora principal o como avalista-, que se modifican sólo en sus condiciones y plazo, es o no perjudicial para la masa.** En cuanto al **concepto de perjuicio**, en nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009 (RJ 1485/2009) señalamos que se trata un **concepto jurídico indeterminado** que hay que dotar de contenido. Se advierte con claridad cuando existe un **sacrificio patrimonial injustificado, que requiere una aminoración del valor del activo** sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa (art. 76 LC), y que ello no se encuentre justificado. **El juicio sobre el perjuicio exige, pues, que haya existido un auténtico sacrificio patrimonial**, que no se da en todos los actos de disposición patrimonial, por ejemplo cuando el negocio es oneroso y la prestación realizada por el deudor tiene su justificación en una contraprestación de valor patrimonial equivalente. Y, además, es preciso **que dicho sacrificio carezca de justificación.**

La constitución de una hipoteca merma el patrimonio de la concursada, reduciendo su valor. Si la hipoteca, además, se constituye sobre una obligación preexistente o sobre nuevas obligaciones que

sustituyen a otras, ha de presumirse perjudicial para la masa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71.3-2º, dado el trato preferente que para el acreedor beneficiado, en detrimento del resto, comporta la hipoteca. Ahora bien, en el presente caso no se sustituye, sin más, una obligación por otra, que pasa a estar garantizada con un inmueble, sino que se alteran las condiciones de la obligación previa, pasando de ser líquida, vencida y exigible, con intereses de demora del 20%, a una obligación aplazada por diez años (folio 70) y con un tipo de interés del EURIBOR más dos puntos (folio 75). No se aportó, sin embargo, financiación adicional, extremo que no se cuestiona en el recurso, dado que el exceso se destinó a atender los gastos de la operación.

En supuestos como el enjuiciado debe realizarse la correspondiente ponderación entre la merma patrimonial derivada de la constitución de la garantía real y el beneficio que le reportó al deudor las modificaciones en la obligación principal. Cuanto mayor sea el quebranto patrimonial, más evidente habrá de ser el beneficio derivado del acto. La existencia de hipotecas anteriores y preferentes sobre el bien gravado, lógicamente, limita en gran medida el quebranto patrimonial. No es lo mismo una hipoteca nueva sobre un bien libre de cargas que una hipoteca constituida sobre bienes que ya están afectos al pago de otros créditos.

Pues bien, en el presente caso, la ampliación del plazo de devolución, convirtiendo una obligación exigible en otra aplazada, unido a la reducción sustancial de tipos, entendemos que no justifica la merma patrimonial derivada de la constitución de la hipoteca. Ciertamente, la finca estaba gravada con hipotecas que respondían de créditos por un importe aproximado de 1.200.000 euros. Ahora bien, no es menos cierto que en la escritura de hipoteca se tasa la finca en 8.198.455,68 euros (folio 97). Esto es, al tiempo de realizarse el acto impugnado, momento en que debe valorarse el perjuicio, la finca cubría sobradamente la deuda garantizada con hipotecas. Por todo ello, debemos confirmar el criterio del juez a quo, que consideró el acto perjudicial para la masa. La recurrente no cuestiona que como efecto de la rescisión la demandada deba restituir los gastos de constitución del gravamen, efecto implícito en la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73 de la Ley Concursal) y en la necesidad de restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado. Deben equiparse, a estos efectos, a los frutos e intereses a los que alude el apartado primero de dicho precepto.

Por todo ello, con desestimación del recurso, confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

QUINTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La obligación preexistente fue modificada en términos ventajosos para el deudor y la hipoteca se constituyó sobre un bien gravado, lo que arroja dudas sobre el carácter perjudicial del acto impugnado.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 204/13, de 15 de Mayo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En relación al perjuicio para la masa, no existe causa legítima para el pago de una indemnización de daños y perjuicios por el mero hecho del desistimiento unilateral del contrato de colaboración, sino únicamente si la ruptura es, por las circunstancias en que tiene lugar, abusiva o sorpresiva, o por no mediar un plazo de preaviso. Sin causa legítima, el pago de la indemnización implica un sacrificio patrimonial injustificado que mina el patrimonio de la concursada.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre el perjuicio en la masa de la STS de 8 de noviembre de 2012

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La administración concursal designada en el concurso de PLÁS. MOR., S.A. ejercitó en su demanda incidental la acción de rescisión prevista en el art. 71 LC, afirmando la causación de un perjuicio a la masa activa por (a) la práctica de abonar a MEC. MOR., S.A. las facturas que ésta giraba a la concursada por los trabajos realizados de mantenimiento de moldes industriales con precios excesivos, en relación con los aplicados por las demás empresas del sector (con "sobrepeso"), y (b) el pago a la misma sociedad, vinculada a la concursada, de una indemnización por cuantía de 240.000 € con motivo de la resolución por la concursada del contrato de mantenimiento de los moldes.

2. La sentencia estimó en parte la demanda y condenó a MEC. MOR., S.A. a reintegrar a la masa esta última cantidad percibida en concepto de indemnización. Rechazó la primera pretensión de condena, a la restitución de la cantidad de 1.039.370,58 €, que dicha sociedad habría cobrado en exceso o sin justificación en la prestación del servicio de mantenimiento de los moldes.

MEC. MOR., S.A. recurre la sentencia para que se deje sin efecto la señalada condena, y la administración concursal (AC) aprovecha el trámite de oposición al recurso para impugnar la sentencia a fin de que se estime el pronunciamiento de condena que fue desestimado.

SEGUNDO. 3. Los hechos básicos incontrovertidos (que exponemos sin ánimo de recopilar todos los hechos relevantes probados en el litigio), son los siguientes.

a) PLÁS. MOR., S.A. se dedicaba a la fabricación de piezas de plástico previo específico pedido de sus clientes, principalmente del sector de la automoción, mediante moldes que a tales efectos fabricaba y le vendía MEC. MOR., S.A.

b) Esta última es una empresa-taller de fabricación de moldes de alta precisión muy cualificada y de alta tecnología que durante treinta años (así se ha afirmado por las demandadas y no ha sido puesto en duda por la AC) venía colaborando con la concursada fabricando, a pedido de ésta, moldes de alta precisión, de acuerdo con los conceptos y diseños facilitados por MEC. MOR., S.A..

La facturación de MEC. MOR., S.A. (en adelante MEC. MOR., S.A.) a MEC. MOR., S.A. (PLÁS. MOR., S.A.) representaba el 80 % de su cifra de negocio.

c) Los accionistas de la concursada PLÁS. MOR., S.A. son los hermanos Luis y Ruth Morell Borja, con un 70 % del capital el primero y un 30 % la segunda.

Desde el 24 de septiembre de 2005 (fecha en la que el padre de los actuales accionistas, Antonio Morell Arnal, abandonó el cargo de presidente del consejo), son administradores solidarios los hermanos Luis y Ruth Morell, hasta su cese el 19 de junio de 2006. En esta fecha fue nombrado administrador único el Sr. José M^a. Socías Bertrán.

d) En MEC. MOR., S.A., desde así mismo el 24 de septiembre de 2005 (fecha del cese del Sr. Antonio Morell como presidente del consejo) son administradores solidarios los hermanos Luis y Ruth Morell.

e) MEC. MOR., S.A., además de fabricar los moldes, se encargaba de prestar a PLÁS. MOR., S.A. el servicio de mantenimiento de los mismos (reparación, revisión, prevención de averías...), mediante un contrato verbal vigente durante unos treinta años.

f) El 1 de julio de 2006, el Sr. Socías, como administrador de PLÁS. MOR., S.A., remitió una carta a MEC. MOR., S.A. en la que comunicaba la extinción del contrato de mantenimiento de moldes con efectos a partir del 1 de septiembre siguiente.

Señalaba como motivos de la denuncia unilateral que la eficacia del servicio de MEC. MOR., S.A. había descendido desde la jubilación de los dos jefes de equipo que dirigían el trabajo de mantenimiento, así como la insostenibilidad del coste de los servicios de mantenimiento prestados por el equipo humano de MEC. MOR., S.A. en las instalaciones de PLÁS. MOR., S.A., con relación a la cuenta de resultados de esta última. Finalizaba refiriendo la imperiosa necesidad de PLÁS. MOR., S.A. de sostener la viabilidad de su empresa tras haber sufrido pérdidas en los últimos cuatro ejercicios.

g) Dos semanas después, el 15 de julio de ese mismo año, el Sr. Socías, en su condición de administrador de PLÁS. MOR., S.A., y el Sr. Luis Morell Borja, como administrador de MEC. MOR., S.A., suscribieron un "Acuerdo de indemnización por finalización de relación comercial".

En este documento exponen que durante 20 años MEC. MOR., S.A. ha prestado servicios de mantenimiento de moldes de inyección de plásticos a PLÁS. MOR., S.A.; que debido a la crisis del sector y en particular de PLÁS. MOR., S.A., ésta ha decidido prescindir de los servicios, rescindiendo el contrato de mantenimiento con MEC. MOR., S.A.; y que ambas partes zanjan sus discrepancias económicas mediante los siguientes acuerdos:

- MEC. MOR., S.A. dejará de prestar sus servicios el 30 de agosto de 2006;
- en esa fecha todos los enseres, maquinaria y/o utillajes propiedad de MEC. MOR., S.A. que estén en PLÁS. MOR., S.A. serán trasladados a la primera, previa revisión y recuento de los mismos;
- PLÁS. MOR., S.A. pagará a MEC. MOR., S.A., antes del día 27 de septiembre de 2006, la cantidad de 240.000 euros en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados a la segunda como consecuencia de la extinción del contrato, dando por saldada y finiquitada su relación (pacto cuarto).

h) A consecuencia de la extinción del contrato de mantenimiento, MEC. MOR., S.A. presentó en agosto de 2006 ante la autoridad laboral un expediente de regulación de empleo (ERE) que afectó a 13 trabajadores (de los 37 que integraban la plantilla).

i) Tras la resolución del contrato, PLÁS. MOR., S.A. ha contratado los servicios de mantenimiento de moldes con una tercera empresa, MOLDES ITM S.L., con la que ha formalizado un contrato escrito con fecha 11 de abril de 2008. Esta sociedad forma parte de la administración concursal.

j) El concurso de PLÁS. MOR., S.A., instado por dos acreedores en marzo de 2007, fue declarado por auto de 18 de mayo de 2007.

TERCERO. 4. La demanda de la AC identificaba del modo que sigue los actos objeto de rescisión, con el fundamento jurídico que también reproducimos.

1º) Sobreprecio pagado a MEC. MOR., S.A. por los servicios de mantenimiento de moldes.

La demanda alega que los precios pagados por el servicio de mantenimiento prestado por MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A. han estado siempre muy por encima del precio medio de mercado, además de haber facturado muchas horas más de las que invierte cualquier empresa del ramo, lo que ha provocado un enriquecimiento de MEC. MOR., S.A. a costa de un agravamiento de la insolvencia de PLÁS. MOR., S.A..

Fundamenta esta afirmación en que en la memoria del ERE presentado por MEC. MOR., S.A. se dice que los precios que cobraba a PLÁS. MOR., S.A. eran superiores en un 50 % a los ofertados por la competencia.

El sobreprecio cobrado a PLÁS. MOR., S.A. –prosigue la demanda- se materializaba de dos formas:

a) MEC. MOR., S.A. ofertaba un precio/hora muy superior al de mercado. De acuerdo con el anexo IX de la memoria del ERE, se facturaba a PLÁS. MOR., S.A. un precio/hora de 43,82 €, cuando el precio de mercado es 35 €/h; lo que significa que la concursada ha pagado 8,35 € más por cada hora de servicio de mantenimiento prestado.

b) En segundo lugar, MEC. MOR., S.A. facturaba más horas por el servicio prestado que el resto de las empresas del mercado. De acuerdo, así mismo, con el anexo IX del ERE, que incorpora un cuadro comparativo de horas, MEC. MOR., S.A. invierte un 83,19 % más de tiempo en efectuar los mismos trabajos que las demás empresas competidoras.

El “sobreprecio” pagado por la concursada es calculado seguidamente por la AC, identificándolo con la diferencia entre la facturación de MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A. y lo que PLÁS. MOR., S.A. habría pagado a otras empresas del sector por los mismos trabajos, que habrían facturado menos horas y a un precio/hora inferior, en el período afectado por la rescisión, es decir, los dos años anteriores a la declaración de concurso. A partir del cuadro del anexo IX de la memoria del ERE, fija esa diferencia en 1.039.370,58 €. En esta medida cuantitativa –concluyese ha descapitalizado y agravado la insolvencia de PLÁS. MOR., S.A..

2º) La indemnización de 240.000 € pagada a MEC. MOR., S.A. por los daños y perjuicios causados por la resolución contractual.

PLÁS. MOR., S.A. pagó dicha cantidad contra la factura que emitió MEC. MOR., S.A. el 2 de octubre de 2006.

Esta cantidad –alega la AC- se corresponde, aunque no exactamente, con la suma de las indemnizaciones legales de 20 días de salario por año de los trabajadores cuyos contratos extinguió MEC. MOR., S.A.; es decir, PLÁS. MOR., S.A. corrió con los gastos del despido de trabajadores de MEC. MOR., S.A..

Considera la AC que no existe justificación legal alguna que ampare el pago de esta indemnización, que se destinó a soportar el coste del despido de los trabajadores y constituye un acto de disposición a título gratuito.

La demanda subraya la connivencia entre ambas sociedades, cuyos socios son las mismas personas y hasta meses antes del concurso coincidían también los administradores (los hermanos Luis y Ruth Morell).

En conclusión, MEC. MOR., S.A. se ha enriquecido a costa de la concursada, descapitalizando y agravando la insolvencia de PLÁS. MOR., S.A. en la cantidad total de 1.279.370,58 €.

5. La demanda invoca la aplicación, respecto de tales actos de disposición, de la presunción de perjuicio *iuris et de iure* que establece el art. 71.2 LC al tratarse de actos de disposición a título gratuito, así como la presunción de perjuicio *iuris tantum* del art. 71.3.1º, por tratarse, en su caso, de actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de persona relacionada con la concursada, pues ambas sociedades pertenecen al mismo grupo.

En todo caso fundamenta el perjuicio a la masa por implicar una disminución en el patrimonio del deudor, bien porque el acto dispositivo es a título gratuito o bien porque la prestación de la concursada tiene un valor mayor que la contraprestación recibida.

Como efectos de la estimación de la rescisión, solicitaba la condena de MEC. MOR., S.A. a restituir a la masa las cantidades cobradas injustificadamente (1.039.370,58 € más 240.000 €), sin contraprestación alguna con cargo a la masa.

CUARTO. 6. La sentencia apelada desestimó la pretensión de condena a la restitución del "sobreprecio" (1.039.370,58 €) con base en los siguientes razonamientos y valoraciones:

a) Admite como incontrovertidos los siguientes hechos (que no son rebatidos por las partes): MEC. MOR., S.A. trabajaba prácticamente en exclusiva para PLÁS. MOR., S.A. desde hacía más de treinta años, desarrollando un trabajo de alta tecnología y precisión, por encargo expreso y directo de PLÁS. MOR., S.A., consistente en la fabricación de moldes de inyección destinados principalmente al sector del automóvil, así como trabajos de mantenimiento de dichos moldes, tanto durante el período de garantía pactado con los clientes de PLÁS. MOR., S.A. (en un 80 % de las ocasiones) como ya fuera del período de garantía (en el restante 20 %).

b) No se ha probado que el precio de 43 euros por hora de trabajo de mantenimiento de moldes para PLÁS. MOR., S.A. *sea desorbitado o alcance un montante carente de justificación alguna.*

Considera la sentencia, a partir de la prueba practicada, que: - los precios aplicados se hallaban en la zona alta de la horquilla de precios de mercado que se aplicaban en el sector; - los moldes que fabricaba MEC. MOR., S.A. se hacían por encargo de los clientes de PLÁS. MOR., S.A. y requerían la aplicación de una técnica de alta precisión, por medio de un personal muy cualificado; - no se ha acreditado que el servicio de mantenimiento prestado por MOLDES ITM (que sustituyó en este cometido a MEC. MOR., S.A.), a 35 €/hora, fuese de la misma calidad y características; - el precio de los servicios de mantenimiento prestados por MEC. MOR., S.A. fueron repercutidos por PLÁS. MOR., S.A. a sus clientes, salvo los prestados para el cliente TWR, que se negaba a pagar el mantenimiento fuera de garantía; - las prestaciones de PLÁS. MOR., S.A. gozaban de gran prestigio en el sector, como han corroborado los testigos, existiendo en el mundo un número muy limitado de empresas que realizan la misma actividad (es decir, con la misma calidad).

La sentencia valora, entre otros medios de prueba, el dictamen pericial del ingeniero técnico industrial Sr. Grau Novell, aportado por la parte demandada, que analizó los costes y precios de

MEC. MOR., S.A. y concluyó que en los encargos que realizaba para PLÁS. MOR., S.A. el precio no cubría los costes; así como el certificado emitido por la asociación ASCAMEC. MOR., S.A. que reúne a 450 empresas del sector, del que resulta que los precios de mantenimiento aplicados a PLÁS. MOR., S.A. por MEC. MOR., S.A. (43,82 €/h) están dentro del margen aceptado en el mercado.

Finalmente, la sentencia no atribuye a las alegaciones contenidas en la memoria del ERE un valor decisivo en contra de la demandada por considerar que, dada la naturaleza de dicho expediente, tales manifestaciones tenían como única finalidad obtener la autorización administrativa para la extinción de los trece contratos de trabajo afectados.

c) En cuanto al número de horas facturadas, no considera probado que efectivamente se hayan pagado más horas de las debidas: - en las facturaciones emitidas por MEC. MOR., S.A. no se incluían únicamente trabajos de mantenimiento, sino otros conceptos distintos; - no puede otorgarse eficacia probatoria a una comparativa de precios y horas de mantenimiento, en la que se basa la AC, entre moldes de distinta configuración y diseño, no constando que la comparación contemple los mismos trabajos de mantenimiento; - MEC. MOR., S.A. ha admitido que era "lenta" en la prestación del servicio, pero ello era debido a la complejidad de los trabajos de mantenimiento; - el perito Sr. Grau ha constatado que MEC. MOR., S.A. ofrecía una calidad máxima, con mecánicos muy cualificados.

d) Por último, rechaza la apreciación de una connivencia entre ambas sociedades para descapitalizar a la concursada, teniendo en cuenta que MEC. MOR., S.A. es acreedora de PLÁS. MOR., S.A., y como tal ha sido reconocida en la lista de acreedores, por la suma de 747.000 €.

Recurso de la administración concursal

QUINTO. 7. La AC reproduce en su impugnación los argumentos esgrimidos en su demanda y añade valoraciones de la actividad probatoria para que se revoque el pronunciamiento que desestimó la pretensión de rescisión de lo que consideraba "sobrepuestos" en las facturaciones por el mantenimiento de los moldes.

La representación de MEC. MOR., S.A., apelante principal, plantea en primer término la inadmisibilidad de la impugnación y de la oposición al recurso por haberse presentado fuera de plazo. Señala que no consta la fecha de notificación a la AC del recurso de apelación, que fue presentado el 13 de abril de 2011, pero, por el traslado de copias, la AC tuvo acceso al recurso en la fecha de su presentación, y el escrito de oposición e impugnación no fue presentado hasta el 18 de julio.

8. El plazo para la presentación del escrito de oposición al recurso de apelación y en su caso de impugnación de la sentencia es, conforme dispone el art. 461.1 LEC, de diez días desde el formal traslado que ha de ordenar el secretario judicial mediante la oportuna resolución. El inicio del cómputo del plazo precisa, por tanto, de la intervención del tribunal, de modo que no comienza a correr desde el traslado de copias entre procuradores sino desde la notificación de la correspondiente resolución del tribunal, como deriva del citado precepto en relación con el art. 278 LEC.

Examinadas las actuaciones, observamos que la diligencia de ordenación de 26 de abril de 2011 tuvo por interpuesto el recurso de apelación por la representación de MEC. MOR., S.A. y ordenó el traslado a la parte contraria para que pudiera presentar escrito de oposición y en su caso de

impugnación. No obstante, no consta en las actuaciones la notificación de esa diligencia a la AC. En tal situación debemos admitir que el escrito de oposición y de impugnación fue presentado dentro del plazo legal pues en otro caso el secretario judicial hubiera dejado constancia, como ordena el art. 136 LEC, del transcurso del plazo sin haberse evacuado el trámite; por el contrario, la diligencia que recae tras la presentación del escrito de oposición/impugnación (de fecha 1 de septiembre de 2011) acuerda tenerlo por presentado y dar traslado de la impugnación al apelante principal. Entendemos por ello que, aunque no conste en autos aquella notificación, el secretario judicial comprobó que el escrito estaba presentado dentro del plazo legal y por esa razón dictó esta segunda diligencia (de 1 de septiembre), que otorgaba eficacia al escrito presentado, sin declarar la preclusión del trámite.

9. Alega así mismo la demandada apelante principal que la impugnación debe ser inadmitida ya que en el escrito no se hace referencia alguna a la formulación de una impugnación sino sólo a una oposición a la apelación, no existiendo por ello una expresa voluntad de impugnar la sentencia.

Es cierto que en el escrito presentado la AC dice formular "oposición al recurso de apelación" y no menciona en ningún momento, expresamente, que así mismo impugna la sentencia. No obstante, la formulación de una auténtica impugnación, como acertadamente advirtió la diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2011, resulta clara a partir de la alegación séptima, en la que la AC insiste en la rescisión de los "sobrepuestos", cuestión que excede de la simple oposición al recurso contrario, y sobre todo resulta manifiesta en la súplica del escrito, en cuyo apartado 2 solicita la condena de MEC. MOR., S.A. a la restitución a la masa de la cantidad de 1.039.370,58 € en concepto de diferencias entre la facturación de MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A. y los precios y horas medios del mercado, es decir, la pretensión que fue desestimada por la sentencia apelada.

No hay duda, por tanto, de cual es el pronunciamiento objeto de la impugnación, y los fundamentos en que se basa han sido expuestos con la claridad necesaria para que la parte contraria haya podido tomar posición y defenderse (como efectivamente ha hecho MEC. MOR., S.A.), llevando a la súplica la petición de condena que la sentencia había desestimado. La impugnación cumple, por tanto con las exigencias del art 458 LEC, al que remite el 461.2, y no hay razón para, en contra de lo que dispone el art. 11.2 LOPJ, aplicar formalismos enervantes para impedir la eficacia del acto procesal, por el solo hecho de que no se haya anunciado expresamente en el escrito que además de oposición al recurso se planteaba impugnación de la sentencia.

SEXTO. 10. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el *acto* realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una *disminución injustificada de su patrimonio*, o un *sacrificio patrimonial injustificado*, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).

Al margen de los actos de disposición a título gratuito, que conforme al art. 71.2 LC se consideran perjudiciales sin admitir prueba en contrario, el **perjuicio directo por minoración injustificada del patrimonio del concursado puede ser reconocido en los negocios**

onerosos y bilaterales cuando exista un claro desequilibrio entre las prestaciones, es decir, cuando la prestación del deudor no tiene como contrapartida una contraprestación del mismo valor.

11. La AC mantiene que el pago de las facturaciones emitidas por MEC. MOR., S.A., con precios ("sobrepuestos") más elevados que los medios aplicados en el sector, aplicados a más horas de las que facturarían las empresas de la competencia, implica ese perjuicio directo a la masa activa, por carecer de justificación el exceso.

Como se ha dicho, invoca la presunción legal *iuris et de iure* que establece el art. 71.2, referida a los actos de disposición a título gratuito; subsidiariamente la presunción de perjuicio, que admite prueba en contrario, del art. 71.3.1º LC, referida a los actos a título oneroso realizados a favor de una persona especialmente relacionada con el deudor (en este caso por tratarse de empresas que pertenecen al mismo grupo), y finalmente al amparo del art. 71.4, fundamenta el perjuicio en la falta de justificación del pago de precios superiores a los medios del mercado y por más horas de las necesarias.

12. Para la aplicación del art. 71.2 LC será necesaria, en cualquier caso, la acreditación del hecho base de la presunción legal, es decir, que se trate de un acto de disposición a título gratuito. Entendemos por tal un acto de disposición realizado por el concursado a favor de un tercero que proporciona a éste un bien o ventaja pecuniaria sin contraprestación alguna, y que responde a un ánimo de liberalidad.

El ánimo de liberalidad se identificaría en este caso con el pago del exceso injustificado de precio facturado, que ha venido atendiendo sin cuestionamiento la concursada, en el marco de un contrato de prestación de servicios de mantenimiento. En la medida de la desproporción de los precios con respecto al servicio prestado sería un pago injustificado, realizado por mera liberalidad, al no corresponderse a contravalor alguno.

Es por tanto, el patente desequilibrio de las prestaciones lo que determinaría la gratuidad del acto, y ese desequilibrio debe ser acreditado por la parte demandante. Una vez probado, conforme a la presunción legal *iuris et de iure*, no se admitirá prueba en contrario acerca del perjuicio a la masa.

De otro lado, la presunción *iuris tantum* del art. 71.3.1º LC admite prueba en contrario del perjuicio, que se logrará si se demuestra una equivalencia entre las prestaciones, en este caso a cargo de la parte demandada, siempre que se demuestre el hecho base de la presunción, es decir, que MEC. MOR., S.A. pertenece al mismo grupo empresarial que la concursada.

Por último, de aplicarse el art. 71.4 LC, es la parte actora la que ha de probar el perjuicio que tiene como hecho base el desequilibrio entre las prestaciones.

SÉPTIMO 13. Compartimos las conclusiones que extrae la sentencia apelada a partir de la prueba practicada, que valora de forma exhaustiva y con arreglo a la lógica. Se ha acreditado en autos, en definitiva, que no existe un claro y patente desequilibrio entre las prestaciones que integran el contrato de mantenimiento de moldes por incluir un "sobrepuesto" injustificado a cargo de la concursada y en beneficio de la empresa de mantenimiento; por el contrario, los precios/hora aplicados están dentro de los márgenes que en el mercado se observan como habituales en este específico sector, y las horas

facturadas encuentran justificación en la permanente dedicación, alta calidad del servicio y su complejidad técnica, sin suponer, en uno ni otro caso, un desvío injustificado de fondos para descapitalizar a la concursada en beneficio de una sociedad vinculada (controlada por los mismos socios).

14. Atendemos, al igual que la sentencia apelada, a los siguientes medios de prueba y valoraciones.

El certificado emitido por la asociación ASCAMM, que agrupa a 450 empresas del sector, indica que durante los años 2004 a 2007 el precio hora medio de taller de moldes de nivel de precisión alto fue de entre 36 y 48 €, y que el precio hora medio de facturación del mantenimiento de moldes de alta precisión que han sido fabricados en el propio taller, si bien es de más difícil evaluación, *“se sitúa en la franja media-alta de la horquilla anterior”*. De lo que se desprende que el precio/hora aplicado por MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A., de 43,82 €, durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, no es tributario de una sospecha de fraude, desviación o desproporción, pues está comprendido en los parámetros que en el sector pueden considerarse normales o habituales sin perjuicio de reconocer que es un precio de mantenimiento medio-alto, lo cual tiene su explicación.

La prueba practicada evidencia que MEC. MOR., S.A. es un taller de alta precisión y muy cualificado, especial o expresamente creado para la fabricación y mantenimiento de los moldes que vendería a PLÁS. MOR., S.A. para que ésta fabricara las piezas de alta precisión requeridas por sus clientes. La labor de mantenimiento, preventivo y correctivo, que llevaba a cabo MEC. MOR., S.A. con carácter permanente (a fin de evitar paros en la cadena de fabricación de los clientes finales) requería la aplicación de una técnica de alta precisión por personal muy cualificado, que sólo MEC. MOR., S.A. estaba en condiciones de proporcionar.

Es, como constató el perito Sr. Grau Novell, que examinó sus instalaciones, política de precios y comprobó su modo de operar, un taller que ofrecía una calidad máxima, con calidad superior en el mercado y con personal altamente cualificado (*“en el escalafón más alto de la mecánica”, “príncipes de la mecánica”,* llegó a asegurar), y que incluso perdía dinero porque, al trabajar con precios impuestos por los clientes o condicionados por la competencia, no llegaba a cubrir sus costes (para cubrir costes debiera facturar, dijo el perito, 51 €/h).

Valoramos que este dictamen no se realizó *ad hoc* para este litigio, sino con otro objeto, para responder a necesidades de consultoría coyunturales de MEC. MOR., S.A., como explicó el perito en su declaración y puede comprobarse por la fecha del visado colegial y temática del dictamen.

El Sr. Viana, director técnico industrial de PLÁS. MOR., S.A. desde 1996 hasta julio de 2007, cuyas funciones incluían la de elegir a los proveedores moldistas, tras confirmar que MEC. MOR., S.A. sólo tenía un cliente (PLÁS. MOR., S.A.), pues se había constituido para satisfacer las necesidades de diseño, desarrollo e investigación que PLÁS. MOR., S.A. precisaba para cumplir los requerimientos técnicos de sus clientes, señaló que no había en España otro taller tan cualificado como MEC. MOR., S.A. para realizar los trabajos que realizaba sobre piezas tan cualificadas. Por el contrario, MOLDES ITM (que sustituyó en el mantenimiento a MEC. MOR., S.A., tras la resolución del contrato) era un taller moldista *al uso, que está en el mercado y ha de competir*, pero MEC. MOR., S.A. *era un caso muy diferente, no estaba en el mercado, no competía con nadie* (porque sólo trabajaba para PLÁS. MOR., S.A.), y la alta tecnología que poseía era requerida no sólo para la fabricación de los moldes, sino también para su

mantenimiento. Concluye este testigo señalando que para el tipo de molde que había fabricado MEC. MOR., S.A., un precio/hora de mantenimiento de 35 € es bajo.

15. La AC fundamenta el carácter desproporcionado del precio/hora de mantenimiento aplicado por MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A. en las manifestaciones contenidas en la memoria del ERE presentado por MEC. MOR., S.A. tras la resolución del contrato de mantenimiento, en cuya extensa exposición se ofrecen, entre otros motivos para justificar la extinción de 13 contratos de trabajo, los siguientes:

- El 80 % de la facturación de MEC. MOR., S.A. responde a la fabricación y mantenimiento de moldes para PLÁS. MOR., S.A., a cuyo efecto ha alcanzado un avanzado sistema de programas informáticos y ha afrontado la indispensable formación de sus técnicos para el diseño y mantenimiento de moldes de alta calidad y niveles tecnológicos que requieren los clientes finales de PLÁS. MOR., S.A., realizando grandes inversiones en máquinas, herramientas y en los periféricos necesarios para poder obtener los requerimientos de precisión exigidos (pág. 14, 26 y 34). La colaboración con PLÁS. MOR., S.A. en el diseño, construcción y mantenimiento de moldes de alta precisión, supone afrontar niveles muy elevados de tecnología, calidad y organización industrial (pág 14).

- La empresa ha acusado la grave problemática del sector de inyección de plásticos en nuestro país provocada por la competencia, cada vez mayor, de los países de economías emergentes, la aparición de muchas empresas del sector de moldes que ofrecen servicios de mantenimiento a precios tan competitivos que llegan a representar ahorros superiores al 50 % sobre los costes ordinarios de empresas con plantillas y antigüedad consolidadas (pág. 16).

- Los precios del mantenimiento preventivo y correctivo (que aplica MEC. MOR., S.A.) están fuera del mercado y son actualmente ineficientes. En cuanto a estos servicios, MEC. MOR., S.A. ha estado sometida a las necesidades de su único cliente en este renglón de su actividad. La prestación de estos servicios está fuera de mercado y no se encontrará en el mercado nadie dispuesto a pagarlos, cuando la oferta se sitúa en costes inferiores al 50 % de los facturados por MEC. MOR., S.A. (pág. 33).

- Las causas del ERE (de los 13 trabajadores afectados) son la resolución del contrato de mantenimiento, la pérdida del 80 % de la facturación, la imposibilidad de dar ocupación efectiva al personal sobrante en el resto de las secciones de MEC. MOR., S.A., la imposibilidad de encontrar un mercado o clientes sustitutivos que absorban el excedente de mano de obra provocado por la resolución del contrato, las pérdidas de los últimos cuatro años... (pág 36).

- El principal factor determinante de la situación de crisis ha sido la dependencia de prácticamente un cliente, que al resolver el contrato de mantenimiento y no existir una alternativa de ocupación efectiva para el personal excedente, especialmente porque sus costes para la prestación del servicio y su eficiencia están fuera del mercado debido no sólo al coste hora a que se ve obligada a facturar por su nivel salarial, sino también por la pérdida de eficiencia de los equipos de trabajo. (pág. 38).

16. Es un resumen de la argumentación de la memoria del ERE, que se orienta, como recalca la sentencia, a un fin específico, cual es obtener la autorización para la extinción de 13 contratos de trabajo. De esa argumentación la AC extrae algunos pasajes para fundamentar la denuncia de unos precios/hora de mantenimiento desproporcionados o “fuera del mercado” que justificarían la

acción rescisoria concursal. Pero esos pasajes deben ser leídos e interpretados dentro del conjunto de la exposición.

Lo cierto es que la memoria del ERE no dice ni admite que el precio de mantenimiento aplicado a PLÁS. MOR., S.A. sea "injustificado" o que no responda a la realidad de la calidad y tiempo de prestación del servicio de mantenimiento de los moldes fabricados para PLÁS. MOR., S.A. y que ésta destina a la fabricación de las piezas para sus clientes. Por el contrario, la exposición del ERE justifica esos precios por la alta calidad del servicio, eficiencia y formación del personal y las concretas necesidades y exigencias técnicas de los moldes fabricados para el único o principal cliente, por más que reconozca que esos precios *están fuera del mercado y son ineficientes*.

Con todo, **la memoria justifica así la necesidad de la reestructuración o reducción de la plantilla, ante la imposibilidad de encontrar clientela dispuesta a pagar los precios que se ve obligada a exigir, pero en modo alguno se admite que sean precios abusivos o arbitrarios**. Sus precios de mantenimiento para los moldes fabricados para PLÁS. MOR., S.A. están fuera del mercado porque nadie estaría dispuesto a pagarlos, dadas las especiales características de tecnología y calidad y las exigencias del cliente final, pero MEC. MOR., S.A. indica que se ve obligada a aplicar esos precios, que el perito Sr. Grau considera ineficientes por no cubrir costes y ocasionar pérdidas a MEC. MOR., S.A.. Es, en suma, **la justificación para la extinción de 13 puestos de trabajo a raíz de la denuncia unilateral del contrato de mantenimiento por parte de PLÁS. MOR., S.A., pero no un reconocimiento de enriquecimiento injusto ni de aplicación de "sobrepuestos" entendido este concepto como retribución o contraprestación injusta, arbitraria o desproporcionada en relación con la prestación que se ofrece a cambio**.

17. En cuanto a las **horas facturadas**, coincidimos también con las valoraciones de la sentencia.

La AC fundamenta un arbitrario exceso no ya en que el tiempo facturado no fuera necesario para atender las concretas necesidades de mantenimiento de los moldes en su modalidad preventiva o correctora, sino en que otras empresas habrían realizado ese mismo trabajo en menos tiempo, y se funda en el cuadro incorporado al anexo IX del ERE.

Este cuadro comparativo no es decisivo a estos efectos, como explica la sentencia apelada, y ni siquiera reporta una utilidad apreciable. **No puede aceptarse que su finalidad sea demostrar que el trabajo de mantenimiento de moldes fabricados para PLÁS. MOR., S.A. hubiera podido realizarse con la misma dedicación, calidad y exigencias tecnológicas en menos horas que las facturadas por MEC. MOR., S.A.**; eso no es lo que expresa la memoria del ERE, y no ha sido aportado por la AC ningún dictamen pericial que acredite el carácter injustificado y en definitiva "gratuito" del número de horas facturadas. Así mismo, el perito Sr. Grau descarta implícitamente que MEC. MOR., S.A. hubiera podido obtener un beneficio injustificado por la facturación de más horas de las debidas o necesarias.

Por otra parte, como también pone de manifiesto la sentencia e indicaron las demandadas, para el cálculo de horas de mantenimiento a partir de las facturas giradas por MEC. MOR., S.A., de acuerdo con el método empleado por la AC, deberían descontarse aquellos conceptos que no responden propiamente a mantenimiento sino a otros conceptos como recambios y compras (que aparecen desglosados en las facturas al margen del concepto de mantenimiento), con lo que la diferencia no sería 1.039.370 € sino 693.719 €. Pero, en definitiva, como indica la sentencia, **no cabe concluir que el posible "desfase" de horas responda a la inclusión de más horas de las necesarias para desarrollar el trabajo de mantenimiento de alta precisión**

y calidad que desarrollaba MEC. MOR., S.A., y que otra empresa del sector hubiera facturado menos horas por desarrollar el mismo trabajo con la idéntica calidad.

18. Finalmente, también ratificamos el juicio de la sentencia que **excluye un propósito compartido** entre MEC. MOR., S.A. y PLÁS. MOR., S.A. de **descapitalizar** a esta última. Descartado un exceso en la facturación “a título gratuito”, ese ánimo fraudulento no cabe deducirlo sin más de la vinculación económica y de carácter societario por razón de la identidad del accionariado entre ambas sociedades, teniendo en cuenta así mismo que una connivencia en dicho sentido hubiera evitado en alguna medida que al tiempo de ser declarado el concurso MEC. MOR., S.A. continuara siendo acreedora de la concursada por la suma de 747.000 €.

Recurso de MEC. MOR., S.A.

OCTAVO. 19. MEC. MOR., S.A. dirige su impugnación al pronunciamiento judicial que estima la acción de rescisión con respecto al pago de 240.000 €, en concepto de indemnización convenida en el acuerdo de finalización de la relación de mantenimiento (de fecha 15 de julio de 2006) por razón de la extinción del contrato por parte de PLÁS. MOR., S.A..

20. PLÁS. MOR., S.A. y MEC. MOR., S.A. justificaron la procedencia de la indemnización por razón de los daños y perjuicios que la extinción del contrato de mantenimiento originaba para MEC. MOR., S.A., en atención a las siguientes circunstancias:

- MEC. MOR., S.A. había venido prestando el servicio de forma casi exclusiva para PLÁS. MOR., S.A., su principal o único cliente, que generaba el 80 % de su facturación, y durante más de treinta años;
- a estos efectos hizo grandes inversiones;
- ello suponía una gran limitación para que MEC. MOR., S.A. pudiera ofertar sus servicios a otras empresas competencia directa de PLÁS. MOR., S.A., para preservar la confidencialidad de la tecnología;
- MEC. MOR., S.A. debía reestructurarse y comenzar a desarrollar su labor comercial desde cero;
- es aplicable por analogía el art. 29 y art. 28.3 de la Ley de Agencia;
- PLÁS. MOR., S.A. no soportó el coste del despido de los trabajadores de MEC. MOR., S.A.;
- la cantidad fijada como indemnización es insignificante en comparación con la facturación media de MEC. MOR., S.A. a PLÁS. MOR., S.A. durante los últimos cinco años;
- no debe olvidarse que en julio de 2006 PLÁS. MOR., S.A. acordó un aumento de capital por importe de 345.000 € mediante la emisión de nuevas acciones que fueron suscritas y efectivamente desembolsadas por sus socios (e inscrito el aumento en el Registro Mercantil).

Era justo, en fin, que PLÁS. MOR., S.A. se aviniera a paliar los perjuicios que la extinción del contrato causaba a MEC. MOR., S.A., y cualquier juzgado hubiera reconocido esa indemnización, alegaban las demandadas. En estos argumentos incide el recurso de MEC. MOR., S.A..

21. La sentencia considera que tal indemnización no está justificada en modo alguno porque no estaba pactada en el contrato de mantenimiento y no existe causa alguna para su pago. Aprecia la sentencia en este punto una connivencia entre ambas sociedades, entre las que existe identidad de socios y sometimiento a una unidad de decisión, y apunta el dato de la

aproximación o similitud entre la indemnización abonada y el coste de los despidos del personal de MEC. MOR., S.A., sin que pueda apreciarse analogía con el contrato de agencia para que puedan aplicarse los arts. 28 y 29 de la Ley de Contrato de Agencia.

22. La rescisión de este acto de disposición (el pago de la indemnización, por virtud del acuerdo de finalización del contrato), que efectivamente minora el patrimonio de la concursada, pasa por enjuiciar su carácter injustificado o “gratuito”, en su concepto y cuantía, o por si el contrario si se trata de un pago *debido* o legalmente procedente por razón de la extinción unilateral del contrato de mantenimiento.

23. Con relación a los contratos de colaboración comercial de duración indefinida, la jurisprudencia ha insistido reiteradamente en el reconocimiento de la facultad de revocación *ad nutum*, sin necesidad de justa causa, por el mero arbitrio de una de las partes (consecuencia de la base de confianza contractual y del principio de orden público que impide que alguien se pueda obligar para toda la vida), sin que la denuncia unilateral pueda dar lugar, *per se*, a una indemnización de daños y perjuicios, sino tan sólo cuando resulte procedente por razón de una ruptura negocial sorpresiva por no mediar preaviso, y con independencia, en su caso, de que pueda reconocerse una indemnización a favor de la parte que ha aportado clientela de la que va a seguir beneficiándose la parte que decide la resolución unilateral.

La doctrina jurisprudencial referida a los **contratos de distribución de duración indefinida** es aplicable de igual manera a un contrato de colaboración comercial como el que representa el de mantenimiento entre MEC. MOR., S.A. y PLÁS. MOR., S.A..

La STS de 22 de marzo de 2007 declara en este sentido que:

“En las relaciones de distribución de duración indefinida, como la que se contempla en el caso, asiste a los contratantes la facultad de producir la extinción mediante denuncia o resolución unilateral, a lo que apuntan en nuestro Derecho diversos preceptos que tienen como común denominador la fiducia o confianza que caracteriza determinadas relaciones (...).

El ejercicio de esta facultad de provocar la extinción, que asiste a ambas partes, no requiere la invocación ni menos la prueba de una justa causa, pero ha de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los artículos 7.1 y 1258 del Código civil, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos. Sólo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado (Sentencias de 17 de mayo de 1999, 13 de junio y 31 de octubre de 2001, 28 de enero y 3 de octubre de 2002, 26 de junio de 2004, 3 de mayo y 22 de diciembre de 2006, entre otras)”.

La STS de 21 de marzo de 2007 reitera que *“en los contratos de distribución por tiempo indefinido cualquiera de las partes está facultada para dar por extinguido el contrato, aunque puede nacer una obligación de indemnizar si la denuncia unilateral del contrato resulta abusiva o contraria a la buena fe, de una forma tan sorpresiva o inopinada que no deje margen de reacción a la otra parte (SSTS 28-1-02, 10-7-04 y 31-5-06)”.*

La STS de 21 de noviembre de 2005, tras recordar que la jurisprudencia admite la validez de la resolución unilateral en los contratos de distribución con duración indefinida, siendo

“incongruente entonces hablar de causas justificadas o injustificadas de resolución, que únicamente operan cuando las partes están obligadas durante un tiempo determinado”, señala que:

“Resuelto unilateralmente un contrato de distribución en exclusiva de duración indefinida, en principio el concesionario no tiene derecho a ninguna indemnización por el ejercicio correcto por el concedente de su facultad de resolución. Sin embargo, sí la tiene cuando la usa con mala fe o con abuso de derecho. La resolución sin respetar un plazo de preaviso es un ejercicio abusivo, en tanto impide al concesionario tomar las medidas oportunas para la liquidación de la relación jurídica que se extingue. En tal caso, la indemnización debida por el concedente en modo alguno puede abarcar el propio daño de resolución, pues el concesionario debió prever la precariedad de su situación jurídica por la indefinición del plazo de duración. El daño por falta de preaviso es el indemnizable, que es completamente distinto del daño de resolución (Sentencia de 16 de diciembre de 2003)”.

En conclusión: **no cabe una indemnización por el mero hecho de la resolución unilateral de un contrato, como el que examinamos, de duración indefinida o sin plazo determinado de duración, sino tan sólo cuando la resolución es abusiva o sorpresiva, en particular cuando no ha mediado preaviso.**

24. De otro lado, la indemnización o compensación por clientela se ha justificado por la doctrina jurisprudencial por combinación de la prohibición de enriquecimiento injusto con el art. 1258 CC, o bien por aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia (art. 28), si el empresario puede seguir aprovechándose de la cartera de clientes proporcionada por el distribuidor o colaborador.

Sobre la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia a otras relaciones de colaboración comercial es relevante la STS, del Pleno, de 15 de enero de 2008. Indica que *“la aplicación analógica de la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo”*. Lejos de ello -prosigue- como la jurisprudencia viene reiterando, **el demandante que pretenda aquella compensación habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente, del mismo modo que corresponderá a los tribunales ponderar todas las circunstancias del caso, como en especial sería la integración o no del concesionario en una red comercial que aproxime significativamente su posición a la del agente.**

La STS 10 de marzo de 2010 recuerda la improcedencia de aplicar de un modo automático los artículos de la Ley del Contrato de Agencia a la liquidación de la relación contractual de distribución, **cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, “la cual, como regla, no existe”** (SSTS 21 de marzo de 2007 y 28 de abril de 2008). Con cita de la STS de 4 de marzo de 2009 y otras reitera que la jurisprudencia **no ha negado la posibilidad de la aplicación analógica de dicho precepto, pero ha rechazado su aplicación de forma automática, porque debe probarse la concurrencia de la identidad de razón necesaria para la aplicación analógica.** En todo caso, aunque fueran aplicables analógicamente las normas de la Ley del Contrato de Agencia, **el distribuidor sólo tendría derecho a la indemnización por clientela si se hubiera probado la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 28 de aquella Ley.**

25. Volviendo al ámbito de la rescisión concursal, será necesario determinar si la indemnización pactada y abonada por PLÁS. MOR., S.A. a MEC. MOR., S.A. está

justificada, es decir, si era legalmente procedente, de acuerdo con la ley y doctrina jurisprudencial expuesta.

Las demandadas han sostenido su justificación legal sobre la base de los perjuicios que la resolución unilateral del contrato es susceptible de causar a MEC. MOR., S.A.

Es cierto que la decisión de PLÁS. MOR., S.A. de extinguir el contrato de mantenimiento es susceptible de causar daños y perjuicios a MEC. MOR., S.A., en principio: MEC. MOR., S.A. se ve obligada a rescindir 13 contratos de trabajo, especialmente dispuestos para el mantenimiento de los moldes vendidos a PLÁS. MOR., S.A., y debe reorientar y adaptar su actividad a las nuevas necesidades surgidas tras la ruptura del contrato de mantenimiento con PLÁS. MOR., S.A., ya que no cuenta con una red comercial propia.

Ahora bien; una cosa es que la ruptura unilateral origine unos daños y perjuicios y otra, distinta, es que exista una obligación legal de reparar esos daños y perjuicios. No la hay, como se ha visto, por el mero hecho del desistimiento unilateral del contrato de colaboración, sino únicamente si la ruptura es, por las circunstancias en que tiene lugar, abusiva o sorpresiva, o por no mediar un plazo de preaviso.

En este caso no se ha alegado ni justificado el carácter abusivo del desistimiento, y las partes convinieron un plazo de preaviso de dos meses, que no se ha denunciado como insuficiente, al margen de que, dada la identidad de socios y el sometimiento a una unidad de decisión, no cabe apreciar que la extinción del contrato sorprendiera a MEC. MOR., S.A., que tampoco ha justificado la imposibilidad de amortizar sus inversiones a lo largo del tiempo que ha durado la relación.

Por otro lado, no cabe invocar la procedencia de una indemnización por clientela, ya que la labor de MEC. MOR., S.A. no era la de procurar nuevos clientes para PLÁS. MOR., S.A..

La indemnización abonada, en fin, implica un sacrificio patrimonial injustificado que aminoró el patrimonio de la concursada, y ello con independencia de que en julio de 2006 los socios de PLÁS. MOR., S.A. aportaran al capital 345.000 €, pues esta inyección de capital no justifica la indemnización ni le otorga legitimidad; el perjuicio a la masa existe de igual manera por el pago de la indemnización que, sin causa legítima, disminuyó el patrimonio neto de la concursada.

NOVENO. 26. Las costas de cada recurso han de ser impuestas a cada parte apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 225/2013, de 28 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La apreciación de **perjuicio para la masa**, en relación a la rescisión del artículo 71 LC, incluye tanto el **perjuicio patrimonial directo** o en sentido estricto, se produce una disminución del patrimonio del deudor (generalmente por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito); como el **perjuicio indirecto**, al romper el principio de paridad de trato de los acreedores.

No se puede considerar la **cesión de créditos** aquí examinada como un acto ordinario de la actividad de una empresa siderúrgica. Por tanto, no acreditada la deuda, el perjuicio provocado por la cesión de créditos sería evidente y directo.

FONAMENTS DE DRET

1. *La demanda de l'administració concursal*

En la demanda origen d'aquest incident, l'administració concursal d'EL. FE., S.A. va sol·licitar, en aplicació de l'article 71.1 i 4 de la Llei concursal, la rescissió de la cessió de crèdits realitzada per la concursada, EL. FE., S.A., el 29 de novembre de 2011, a favor de BA. VI., S.A.

La demanda al·legava els fets següents, rellevants o contextuals:

– BA. VI., S.A. s'havia constituït el 28 de març de 2011. Entre els socis hi figuraven els Srs. R.S. i E.S.T., J.G.V. i R.G.V. i F.M.S., fills dels tres socis principals i administradors de la concursada EL. FE., S.A., Srs. F.S.R., R.G.G. i F.M.A.. Aquests últims haurien efectuat préstecs als fills respectius, per tal de constituir BA. VI., S.A..

– Vinculació entre EL. FE., S.A. i BA. VI., S.A.. BA. VI., S.A. ocupa una nau a Parets del Vallés, propietat d'EL. FE., S.A., per contracte d'arrendament de 30 de novembre de 2011, amb duració fins al 31 de desembre de 2019; entre els empleats de BA. VI., S.A. hi ha, si més no, setze persones que van ser empleats d'EL. FE., S.A.; EL. FE., S.A. ha arrendat o prestat a BA. VI., S.A. maquinària i mitjans de transport per desenvolupar la seva tasca; BA. VI., S.A. ha efectuat un treball important en la construcció del nou Parlament de Geòrgia, tasca per a la qual ha subcontractat EL. FE., S.A.; personal del departament comercial d'EL. FE., S.A. (Sr. Bosque), el gener de 2012, ha remés una oferta a tercer, per una obra, en nom de BA. VI., S.A..

– Mitjançant escriptura de 29 de novembre de 2011, el Sr. F.S.R., en representació d'EL. FE., S.A., i el seu fill, Sr. R.S., en representació de BA. VI., S.A., subscriuen un contracte pel qual la primera entitat cedeix a la segona:

1. Un crèdit contra UTE R.S.T., per import de 104.303,10 euros.
2. Un crèdit contra A.E.C., S.A., per 19.361,04 euros.
3. Un crèdit contra C.E.P., S.A., per import de 108.736,25 euros.

La suma dels crèdits, tots derivats de retencions practicades en garantia de treballs realitzats en obres de construcció, ascendeix a 232.400,39 euros.

En l'escriptura s'exposa que EL. FE., S.A. té contrets "diversos deutes" amb BA. VI., S.A., nascuts de "relacions comercials" (no s'especifiquen) entre ambdues empreses, que ascendeixen a 217.705,33 euros. En pagament d'aquest deute EL. FE., S.A., cedeix a BA. VI., S.A. els crèdits ressenyats, de la solvència, existència i legitimitat dels quals respon EL. FE., S.A..

Aquest negoci de cessió de crèdits és l'objecte de l'acció de rescissió.

– EL. FE., S.A. sol·licita concurs voluntari el dia 9 de gener de 2012. El concurs es declara el dia 14 de febrer de 2012.

L'AC manifesta que ignora si, efectivament, EL. FE., S.A. devia a BA. VI., S.A. aquella quantitat. Tot i que en el compte de major de BA. VI., S.A., com a proveïdor, constava que el saldo deutor, a 29 de novembre de 2011, era de 217.705,33 euros, l'AC havia reclamat reiteradament a EL. FE., S.A., sense èxit, la documentació acreditativa de les relacions amb BA. VI., S.A.. En el compte de major de BA. VI., S.A., com a client, constava que, a 29 de novembre de 2011, el saldo creditor a favor d'EL. FE., S.A. era de 77.826 euros. Per tant, si el deute d'EL. FE., S.A. fos cert i justificat, ascendiria a una quantitat molt inferior als crèdits cedits. En qualsevol cas, precisava la demanda, fos quin fos el pretès deute d'EL. FE., S.A. amb BA. VI., S.A., la cessió infringia la *par condicio creditorum* i constituïa un perjudici clar per a la massa del concurs voluntari d'EL. FE., S.A..

2. *L'oposició de les demandades*

Segons EL. FE., S.A., les al·legacions sobre la relació amb BA. VI., S.A. mancaven de fonament i eren irrelevantes. Quant al negoci de cessió, va al·legar que pagava els materials que BA. VI., S.A. havia adquirit per a la concursada de proveïdors que es negaven a servir a EL. FE., S.A. per la falta de crèdit

comercial. Es tractaria, segons la concursada, d'un acte de l'activitat ordinària del deutor, al qual era aplicable l'article 75.1 LC. Afegia que la *par condicio creditorum* és una regla pròpia de la massa passiva i no es pot utilitzar com a argument en les accions revocatòries.

BA. VI., S.A. va al·legar que, exercida l'acció de l'article 71.4 LC, correspon a l'AC acreditar el perjudici patrimonial per a la massa activa i demostrar que un acte ordinari de l'activitat empresarial d'EL. FE., S.A., com és el pagament d'un deute, no es va fer en condicions normals (article 71.5 LC). Segons la demandada, l'AC té a disposició tota la informació de la concursada i no pot plantejar amb consideracions dubtoses uns punts que ha de conèixer. BA. VI., S.A. sosté que la cessió de crèdits, lluny de perjudicar EL. FE., S.A. o els creditors, va suposar un pagament en condicions extremadament avantatjoses que cap altre proveïdor hagués acceptat.

3. *La sentència del jutjat mercantil*

La sentència del jutjat estima íntegrament la demanda, en els termes exposats en l'antecedent de fet primer. Després d'unes consideracions genèriques sobre les accions de reintegració de la LC, el Sr. magistrat examina la prova practicada en el judici i conclou que es donen els pressupòsits legals per a la rescissió del negoci. Considera que BA. VI., S.A. no ha acreditat la realitat del crèdit contra EL. FE., S.A. i, en tot cas, aprecia que es produeix un perjudici patrimonial per a la massa pel fet que, poc abans del concurs, la concursada cancel·li un crèdit amb una societat estretament vinculada, amb discriminació de la resta de creditors. Nega que ens trobem davant un acte ordinari de la concursada, ateses les circumstàncies concurrents. Aprecia mala fe en BA. VI., S.A., per la qual cosa acorda que, en el cas que es justifiqui un crèdit de BA. VI., S.A. contra EL. FE., S.A., es qualificarà com a crèdit subordinat.

4. *El recurs d'apel·lació de BA. VI., S.A.*

La part apel·lant al·lega que la sentència és el resultat d'una valoració errònia de les proves per part del jutgador.

Gran part del recurs (així l'extensa al·legació primera) pretén desvirtuar les apreciacions de la sentència relatives a la vinculació estreta entre la societat concursada i BA. VI., S.A. i entre les persones físiques que són socis i administradors d'una societat i l'altra. Cal recordar, però, que, com puntualitzava el fet tercer de la demanda de l'AC, l'acció exercida en aquest incident concursal és la de reintegració i té per objecte una operació concreta: la cessió de crèdits d'EL. FE., S.A. a favor de BA. VI., S.A., efectuada el 29 de novembre de 2011. L'AC ha invocat en la demanda els articles 71.1 i 71.4 LC; no l'article 71.3 LC. Per tant, el jutge havia d'establir si considerava acreditat els fets que, d'acord amb els preceptes invocats, feien procedent la rescissió demanada.

L'article 71.1 diu: "*Declarat el concurs, són rescindibles els actes perjudicials per a la massa activa efectuats pel deutor dins els dos anys anteriors a la data de la declaració, encara que no hi hagi hagut intenció fraudulenta.*"

Les parts admeten que es dona l'element temporal del precepte, atesa la proximitat entre l'acte objecte de la rescissió, de 29 de novembre de 2011 i la declaració de concurs, el 14 de febrer següent. **El que discuteixen en les dues instàncies és l'element objectiu del perjudici a la massa.**

L'article 71 LC estableix unes **presumpcions de perjudici patrimonial, en l'apartat 2 –presumpcions que no admeten prova en contra- i en l'apartat 3 –que admeten prova en contra-**. Així, l'article 71.3.1r. presumeix el perjudici patrimonial, llevat que hi hagi una prova en contra, quan es tracti d'actes dispositius a títol onerosos efectuats a favor d'alguna de les persones especialment relacionades amb el concursat. Ara bé, en el cas en examen, l'AC no ha invocat cap d'aquestes normes ni presumpcions, sinó **l'article 71.4 LC, conformement amb el qual, "quan es tracti d'actes no compresos en els tres casos previstos a l'apartat anterior, el perjudici patrimonial ha de ser provat per qui exerceixi l'acció rescissòria"**.

Per tant, considerem que **l'element del perjudici ha de centrar el debat**. La qüestió de la vinculació entre les dues societats i les persones físiques que en formen part només tindrà interès, si s'escau, quan s'examini la mala fe de BA. VI., S.A., als efectes de l'article 73 LC. Feta aquesta precisió, estudiarem les al·legacions del recurs.

5. *Al·legació primera. Sobre la relació entre BA. VI., S.A. i EL. FE., S.A.*

La part apel·lant insisteix en el fet que els administradors d'EL. FE., S.A. no van crear BA. VI., S.A.. Al·lega que, dels tretze accionistes que van constituir aquesta societat, només cinc són fills de consellers

delegats d'EL. FE., S.A.. Cal dir, però, que aquestes cinc persones subscriuen 4.000 de les 4.800 accions del mateix import en què es divideix el capital social de BA. VI., S.A.. La recurrent observa que BA. VI., S.A. designa un consell d'administració de quatre persones, només dues de les quals són fills dels administradors d'EL. FE., S.A. (tot i que es nomena conseller delegat de BA. VI., S.A. el Sr. R.S.T., fill del Sr. F.S.R., conseller delegat d'EL. FE., S.A.). Afegeix que, el 29 de novembre de 2011 –el mateix dia de la cessió de crèdits i davant el mateix notari– es redueix i s'amplia el capital de BA. VI., S.A., en l'accionariat de la qual entren nous socis, de manera que els fills dels administradors d'EL. FE., S.A. ja només ostenten el 25,7248 % de les accions (el 27,5364 % és el que sumen els percentatges relacionats en el recurs).

Pel que fa a la dinàmica de la relació entre ambdues mercantils, el recurs exposa que BA. VI., S.A., ja en constituir-se, compta amb projectes aconseguits pel Sr. R.S., però manca de logística per dur-los a terme. Coincideix que, en aquest moment, EL. FE., S.A. ja ha perdut la confiança de clients i proveïdors, perquè comença a tenir problemes de finançament. És per això que BA. VI., S.A. subcontracta EL. FE., S.A. pagant, per tal que li porti la logística de la que manca BA. VI., S.A., en benefici de les dues entitats.

La part apel·lant es refereix també al contracte d'arrendament de la nau de Parets del Vallès propietat d'EL. FE., S.A., que considera normal i, fins i tot, dur per a BA. VI., S.A., que paga 6.000 euros mensuals i s'obliga fins al gener de 2013.

Finalment, insisteix que l'ús de la logística d'EL. FE., S.A. no és gratuït per a BA. VI., S.A., sinó tot ell objecte de facturació, i qüestiona la declaració testifical del president del Comitè d'empresa d'EL. FE., S.A.. En concret, afirma que quan el testimoni manifesta que hi havia transferència de treballadors d'una empresa a l'altra; que els administradors donaven instruccions per a una i per a l'altra indistintament; que es desviava producció a BA. VI., S.A. i que la maquinària era usada per BA. VI., S.A., desconeixia si hi havia o no subcontractacions entre ambdues empreses i la relació contractual entre elles.

Deixem constància de les al·legacions anteriors, atès que ocupen bona part del recurs d'apel·lació, però, per les raons ja exposades, no en podem extraure cap dada rellevant en relació amb la procedència de la rescissió del contracte de cessió de crèdits, sens perjudici de l'interès que puguin merèixer en altres accions judicials.

6. Al·legació segona. Sobre la cessió de crèdits com a acte rescindible

En primer lloc, la part recurrent vol corregir el jutjat quant a l'import de la cessió de crèdits de 29 de novembre de 2011, que, segons BA. VI., S.A., no seria per 232.400,39 euros, sinó només per 222.400,39 euros. Diu que hi hauria un error tipogràfic de l'escriptura pública que quedaria sanat mitjançant la suma de les factures que justifiquen l'import de la cessió i s'acompanyen amb la mateixa escriptura.

No podem admetre la rectificació. Ni la contestació de BA. VI., S.A. ni la d'EL. FE., S.A. van al·legar cap error de quantificació. La qüestió no es pot introduir *ex novo* en la segona instància, perquè ho impedeix el dret de defensa de les parts i la naturalesa revisora del recurs d'apel·lació (article 456 de la Llei d'enjudiciament civil). En qualsevol cas, examinada l'escriptura, la rectificació manuscrita i no salvada sobre l'import del crèdit cedit corresponent a Aglomancha Empresa Constructora, S.A., de 19.361,04 euros, no té suport en les factures annexades, cap de les quals es refereix a aquesta deutora.

7. En els paràgrafs següents, la part apel·lant sosté que la sentència del jutjat acorda la rescissió pel simple fet que la cessió de crèdits va tenir lloc dins dels dos anys anteriors a la declaració de concurs, sense considerar l'element objectiu del perjudici per a la massa activa.

No resulta així de la lectura de la sentència. El Sr. magistrat dedica una atenció específica a l'element del perjudici patrimonial, tant quan tracta, en termes genèrics, de les accions de reintegració de l'article 71 LC (fonament de dret segon de la sentència), com quan examina l'existència de perjudici en el cas concret (fonament de dret tercer.B.1.).

8. El primer dels motius que el jutge addueix per fonamentar l'existència de perjudici patrimonial com a conseqüència de la cessió de crèdits és combatut en el recurs. La sentència diu que els crèdits cedits per la concursada no eren líquids, vençuts i exigibles i afegeix que, no havent estat la concursada compel·lida a complir amb l'obligació de pagament d'aquests crèdits, ja que es referien a retencions en garantia d'obres realitzades per EL. FE., S.A. encara no finalitzades, no sorgia l'obligació de pagar al contractista amb l'alliberament de la retenció.

Té raó la recurrent quan afirma que, en relació amb els crèdits cedits, EL. FE., S.A. no podia ser compel·lida a cap pagament, perquè no havia de pagar, sinó que havia de cobrar. Per tant, considerem que aquest argument de la sentència no té raó de ser. Com sosté BA. VI., S.A., els crèdits cedits estaven perfectament quantificats, corresponien a obres efectuades i serien exigibles quan arribés la data de venciment corresponent. Ara bé, la supressió d'aquest raonament del jutge no té cap incidència en l'apreciació de l'existència de perjudici –ni en l'apreciació per part del jutge ni en la nostra–.

9. El recurs combat també l'afirmació de la sentència segons la qual, els crèdits que es cancel·len amb la cessió són clarament inferiors als crèdits cedits en pagament.

Abans de tot, cal precisar que el supòsit principal pel qual s'inclina la sentència del jutjat és la falta de prova de l'existència del crèdit de BA. VI., S.A. contra EL. FE., S.A.. Només en segon terme valora l'existència d'un possible crèdit de BA. VI., S.A.. Aquest tribunal, a la vista de la falta de prova del deute d'EL. FE., S.A. –malgrat la facilitat d'aportar-la a les actuacions–, tampoc no pot tenir-lo per acreditat.

El recurs de BA. VI., S.A. se centra en la segona hipòtesi i sosté que la diferència d'importos dels crèdits és insignificant. D'una banda, com s'ha dit, parteix d'una cessió de crèdits per valor de 222.400,39 euros, en lloc de l'import que consta en l'escriptura, de 232.400,39 euros, que el jutjat i aquest tribunal considerem acreditat. D'altra banda, BA. VI., S.A. al·lega que la diferència obeeix al fet que no es va voler cedir parcialment el crèdit d'A.E.C., S.A. Considerem que la diferència –respecte del crèdit que, segons l'escriptura de cessió, tindria BA. VI., S.A. contra EL. FE., S.A. (217.705,33 euros)– no és menyspreable (14.695,06 euros) i que, fins i tot si s'hagués provat el deute d'EL. FE., S.A. amb BA. VI., S.A. –no s'ha fet–, ni s'ha justificat aquell excés ni la raó d'incloure en la cessió el crèdit de 19.361,04 euros contra A.

10. La sentència fa constar que, en la comptabilitat d'EL. FE., S.A., figura un crèdit a favor de la concursada contra BA. VI., S.A. de 77.826 euros. BA. VI., S.A. n'admet l'existència i afirma que es va pagar mitjançant dues transferències per import total de 159.500 euros, efectuades els dies 5 i 12 de desembre de 2011, és a dir, uns dies després de la cessió de crèdits. Més enllà de l'anomalia de no fer constar, en l'escriptura de cessió de crèdits el deute de BA. VI., S.A. per aquell import, l'observació no aporta res al tema debatut del caràcter perjudicial de la cessió de crèdits.

11. ***Al·legació tercera. De nou sobre la relació entre BA. VI., S.A. i EL. FE., S.A.***

En el següent apartat del recurs, la part apel·lant sosté que el que ha motivat la rescissió ha estat considerar que hi ha confusió entre les dues societats.

Encara que el jutge mercantil dedica una àmplia atenció a la relació entre BA. VI., S.A. i EL. FE., S.A. –que, en algun moment qualifica de *totum revolutum*–, ja hem dit que és l'apreciació de perjudici per a la massa la que determina que la sentència del jutjat estimi la demanda de rescissió. Per tant, l'al·legació del recurs manca d'interès.

12. ***Al·legació quarta. Sobre la mala fe de BA. VI., S.A.***

La demanda de l'AC va sol·licitar que es declarés la mala fe de BA. VI., S.A. als efectes, entre d'altres, de qualificar com a subordinat el crèdit que pogués ostentar contra la concursada.

L'article 73.3 LC estableix: "*El dret a la prestació que resulti a favor de qualsevol dels demandats com a conseqüència de la rescissió té la consideració de crèdit contra la massa, que s'ha de satisfer simultàniament a la reintegració dels béns i els drets objecte de l'acte rescindit, llevat que la sentència aprecii mala fe en el creditor, cas en què es considera crèdit concursal subordinat*".

El jutge fonamenta l'apreciació de mala fe de BA. VI., S.A. en el fet que aquesta societat pot considerar-se com a persona especialment relacionada amb la concursada, als efectes de l'article 93.2 LC, i a l'estreta relació mantinguda amb EL. FE., S.A.. També té en compte el fet que el mateix dia de la cessió de crèdits va tenir lloc l'operació de reducció i simultània ampliació de capital de BA. VI., S.A., amb aportacions dineràries de tercers que, aparentment, no estan relacionats amb la concursada. Significaria, segons el jutge, que s'ha intentat ocultar l'íntima relació entre les societats a partir d'aquell moment, per intentar evitar la rescissió de l'operació, a escassos mesos del concurs, quan EL. FE., S.A. es trobava ja en insolvència o, si més no, en preinsolvència.

Tot això ho nega BA. VI., S.A..

És possible que es donin els elements valorats pel jutge, però per establir la mala fe de BA. VI., S.A. n'hi ha prou amb tenir en compte el grau de proximitat amb la societat concursada. BA. VI., S.A.,

quan va subscriure el contracte de cessió de crèdits amb EL. FE., S.A., un mes abans de la sol·licitud de concurs, era plenament conscient de la situació d'insolvència d'EL. FE., S.A.. No només perquè l'administrador que va acceptar la cessió en representació de BA. VI., S.A., Sr. R.S., era el fill del conseller delegat que va efectuar la cessió en representació d'EL. FE., S.A., Sr. F.S.R., tots dos amb el mateix domicili, segons l'escriptura; pel fet que els accionistes majoritaris de BA. VI., S.A. eren fills dels consellers delegats d'EL. FE., S.A. i per la resta de coincidències abans exposades (ubicació, treballadors, clients i proveïdors d'ambdues societats), sinó perquè la mateixa part apel·lant ha exposat quina va ser l'operativa de BA. VI., S.A. l'any 2011.

En el recurs s'afirma obertament que la constitució de BA. VI., S.A. coincideix amb la pèrdua de confiança en EL. FE., S.A. per part de clients i proveïdors, perquè tenia problemes de finançament i evidenciava la crisi. Els clients deixen de donar-li feina i els proveïdors deixen de servir-li matèria primera per portar a terme els encàrrecs que ja té. BA. VI., S.A. tracta amb aquests tercers que es neguen a tractar amb EL. FE., S.A. i d'aquesta manera impedeix que el passiu d'EL. FE., S.A. creixi encara més (al·legació primera del recurs). BA. VI., S.A. coneixia "les penúries que estava passant EL. FE., S.A." i la contractava per tal que pogués sortir d'aquell mal pas (al·legació quinta).

El fet que, en el context descrit en els paràgrafs anteriors, un mes abans de la sol·licitud de concurs d'EL. FE., S.A., BA. VI., S.A. accepti la cessió de crèdits per import de 232.400,39 euros, relleva de més argumentació per confirmar la mala fe declarada en la sentència del jutjat.

13. Al·legació quinta. Conclusió

Hem d'acabar amb dues consideracions en resposta a l'al·legació quinta de la part apel·lant, que recapitula els raonaments del recurs.

La primera ha d'expressar el rebuig també en aquesta instància de l'aplicació de l'article 71.5.a) LC ("*En cap cas poden ser objecte de rescissió [...] els actes ordinaris de l'activitat professional o empresarial del deutor realitzats en condicions normals*"). Tot i que la demandada apel·lant afirma que les cessions de crèdits constitueixen el *modus operandi* ordinari i habitual d'EL. FE., S.A. en l'època, el cert és que **ni consten altres operacions de cessió de crèdits per part de la concursada ni la cessió de crèdits en examen, per import de més de 232.000 euros, en l'escenari descrit, es pot considerar un acte ordinari de l'activitat d'una empresa siderúrgica.**

La segona és relativa a la noció de perjudici per a la massa, al voltant de la qual s'estableixen les previsions de l'article 71 LC. Com en sentències anteriors (per totes, la de 8 de gener de 2009), considerem que **no només es limita al perjudici patrimonial directe o en sentit estricte, que inclouria els actes que de manera directa produeixen una disminució del patrimoni del deutor (generalment per falta d'equivalència de les prestacions o per tractar-se d'actes a títol gratuït), sinó que també abasta aquells actes que suposen un perjudici indirecte, perquè trenquen el principi de paritat de tracte dels creditors.** No acreditat el deute d'EL. FE., S.A. davant de BA. VI., S.A., el perjudici seria evident i directe. En el cas que hi hagués el deute, es tractaria d'un perjudici indirecte, en el sentit exposat. Compartim, per tant, la valoració del Sr. magistrat en aquest punt.

En conseqüència, ha de desestimar-se el recurs d'apel·lació.

14. Costes

Desestimat el recurs, en aplicació dels articles 196.2 LC i 398.1 LEC, s'han d'imposar les costes de la segona instància a la part apel·lant.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 301/2013, de 17 de Julio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Para acoger la excepción de **cosa juzgada**, debe concurrir –al menos- la triple identidad clásica: sujetos, *petitum* y causa de pedir (aunque los efectos de las sentencias puedan proyectarse más allá).

El **perjuicio patrimonial** del artículo 71 LC deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria, salvo el caso del artículo 71.3º (personas especialmente relacionadas con el deudor, ex artículo 95 LC).

Notas: Referencia la doctrina del Tribunal Supremo sobre cosa juzgada: STS de 26 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La parte actora, tras haber requerido a la administración concursal a los efectos establecidos en el artículo 72 de la Ley Concursal y, en consecuencia, como legitimada subsidiaria, ejercita acción de reintegración de la compraventa realizada el 6 de abril de 2009, por la que la concursada CONS. TORD., S.L. vendió a SAU. ELEM., S.L. la finca sita en el término municipal de Tordera, Polígono Industrial "Can Verdalet", parcela 92 (finca registral 20247 del Registro de la Propiedad de Pineda), por el precio de 48.384,11 euros. Según alegó la demandante, la venta se realizó a favor de una persona jurídica vinculada y por un precio inferior al del mercado. Por todo ello interesó se declarara la rescisión de la venta y la recíproca restitución de las prestaciones, con sus frutos e intereses.

La administración concursal y la concursada se opusieron a la demanda alegando, de un lado, la falta de legitimación activa de uno de los demandantes –STE. PAR., S.L.–, por no figurar como acreedor. En cuanto al fondo del asunto, aunque admiten que la venta se realizó por un valor muy inferior al de mercado, en el informe de calificación se incluyó esa operación y en la sentencia que puso término al incidente de oposición, además de calificar el concurso como culpable, se condenó a los administradores a que indemnizaran a la masa el perjuicio causado –la diferencia entre el precio pactado y el valor real del inmueble–.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia acoge la excepción de cosa juzgada. En el fundamento de derecho segundo recuerda que la sentencia de calificación, de fecha 9 de septiembre de 2011, declaró el concurso como culpable, entre otros motivos, por la operación de compraventa objeto de la demanda. Por tal motivo los administradores de la concursada fueron condenados al pago de 88.415,89 euros, esto es, la diferencia entre el precio de la venta (48.384,11 euros) y el valor del bien (136.800 euros). A partir de lo dispuesto en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *juez a quo* concluye que la cuestión planteada ya fue resuelta en la sentencia de calificación, que es firme, por lo que desestima la demanda de reintegración.

La parte actora recurre en apelación la sentencia, pues considera que no se dan los presupuestos de la cosa juzgada. La acción de reintegración, afirma la recurrente, es autónoma e independiente del resultado de la pieza de calificación. Por lo demás, en cuanto al fondo del asunto, se remite, en esencia, a lo alegado en la demanda.

La administración concursal y la concursada se oponen al recurso y solicitan se confirme la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

TERCERO.- El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

La **STS de 26 de junio de 2012** (ROJ 4559/2012), resume la jurisprudencia sobre esa institución, señalando que "la cosa juzgada material es la situación jurídica en que se encuentra una determinada controversia cuando se ha dictado por el organismo jurisdiccional competente una resolución "con fuerza o autoridad de cosa juzgada material". Su finalidad es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente y que sobre una misma cuestión que afecta a unas mismas partes, recaigan sentencias contradictorias, o bien que se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 abril de 2006 señala que "la anterior conclusión resulta acorde con

nuestra jurisprudencia, según la cual la cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que inmoviblemente estatuyeron los organismos jurisdiccionales, de tal manera que no sea posible hacer efectivo en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados, es decir, que con un nuevo litigio se sustraiga a los medios propios de cumplimiento y ejecución del proceso en que se declaró un derecho, su modo de hacerlo efectivo, vedando con ello al juez del nuevo proceso toda actividad jurisdiccional sobre el asunto, incluso para dictar una declaración idéntica sobre él, porque en el supuesto de que el fallo sea contrario a la cosa juzgada, no se limita a que contenga disposiciones opuestas a ella, sino que basta que no las respete y sea contraria a su esencia al hacer declaraciones contrarias a ella de haber dejado la cuestión completamente resuelta, con posibilidad únicamente de actividad jurisdiccional posterior de aspectos que afecten a su efectividad (SSTS de 17 diciembre 1977 y 29 septiembre 2005, 553/2008, de 18 junio)".

La STS 164/2011, de 21 marzo, añade que "la cosa juzgada se extiende también: a) a la subsanación de aquellos errores ocurridos en el pleito anterior, ya que como afirma la sentencia de 10 junio 2002, no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-96, 3-5-00y 27-10-00)» ; y, b) además, según esta misma sentencia, alcanza a cuestiones que se han deducido de manera implícita en la demanda: la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas,[...] siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LEC."

CUARTO.- En el presente caso, entendemos que no se da la necesaria identidad entre los objetos de uno y otro proceso. Es cierto que el Tribunal Supremo tiene dicho que **los efectos de las sentencias firmes pueden proyectarse más allá de la triple identidad clásica –sujetos, *petitum* y causa de pedir-**. Ahora bien, **en el presente caso no coinciden las partes ni el *petitum*. Tampoco es idéntica, en términos jurídicos, la causa de pedir.** En efecto, en la pieza de calificación la administración concursal invocó la venta de la finca "Can Verdalet" como un supuesto incardinable en el artículo 164.2º-5º de la Ley Concursal –salida fraudulenta de bienes-, dirigiendo su pretensión de culpabilidad contra la concursada y sus administradores. En concreto y por lo que aquí se refiere, la administración concursal solicitó se condenara a los administradores de la concursada al pago de los perjuicios ocasionados con la venta, esto es, la diferencia entre el precio pactado y el valor real.

En la demanda que nos ocupa, por el contrario, la acción se dirige contra la concursada y la entidad compradora, postulando, además de la rescisión del negocio, la recíproca restitución de las prestaciones. La acción, además, se sustenta en el perjuicio para la masa activa del contrato impugnado.

Ciertamente, si se llegaran a ejecutar las dos sentencias, de ser condenatorias, podría producirse una situación de enriquecimiento injusto, dado que la masa activa obtendría, de un lado, la finca, como consecuencia de la rescisión y, de otro lado, el precio justo, como consecuencia de la condena a la reparación de daño. La administración concursal, de un lado, y el propio Juzgado, que conoce de los dos procedimientos, deberían adoptar en tal caso las medidas necesarias para evitar que esa situación se produzca.

QUINTO.- Descartada la excepción, en cuanto al fondo del asunto hemos de recordar que **el artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, "serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta"**. Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del

precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, “cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto). En concreto y por lo que se refiere al supuesto enjuiciado, el apartado primero del artículo 71.3º presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, que son aquellas relacionadas en el artículo 93. De no existir dicha vinculación, el perjuicio debe ser probado (artículo 71.4º).

SEXTO.- Nadie ha discutido en el supuesto enjuiciado que el precio de la compraventa -48.384,11 euros- fuera inferior al valor real del inmueble transmitido (136.800 euros) y que, por tal motivo, la masa activa resultó perjudicada en 88.415,89 euros. En definitiva, dado que no se ha puesto en duda que el patrimonio de la concursada se vio menoscabado con el acto impugnado, debemos estimar la acción y declarar rescindida la venta.

En consecuencia, además de declarar la ineficacia de la compraventa, debemos ordenar la recíproca restitución de las prestaciones. Esto es SAU. ELEM., S.L. deberá restituir la finca denominada CAN VERDALET y, de forma simultánea, la masa activa deberá reintegrar al comprador el precio -48.384,11 euros-. El crédito lo será contra la masa por cuanto no se ha alegado ni probado la mala fe del comprador.

SEPTIMO.- Las costas de primera instancia, por aplicación del criterio del vencimiento, han de imponerse a la parte demandada (artículo 394 de la LEC). En cuanto a las costas de esta alzada, no es procedente hacer pronunciamiento alguno conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la citada Ley.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 315/2013, de 24 de Julio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La administración concursal impugna un acto aislado, cuando dicho acto se enmarca dentro de una operación más amplia: un **negocio complejo** que comprendía varios negocios y actos jurídicos. El consentimiento se proyectó sobre todo el negocio en su conjunto -compraventa, condonación de deuda y destino que había que dar a parte del precio-.

Debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la **rescisión** cuando todos ellos respondan a una operativa comercial compleja que las partes han querido de forma inescindible y siempre que tal operativa no haya vulnerado la *par condicio creditorum*.

Notas: Referencia la jurisprudencia reiterada del TS, respecto la reintegración de operaciones complejas: SSTTS 2577/2008 y 2995/2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La administración concursal de PROM., S.A., sociedad declarada en concurso por auto de 15 de junio de 2011, ejercitó acción rescisoria, al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, contra los demandados SERVI., S.A., GAB. J. J. G. & ASOC., S.L., GES. SER., S.L. y Don J. M. C. M., con la finalidad de que éstos reintegraran a la masa activa determinadas cantidades percibidas pocos

días antes de la declaración de concurso. Para la resolución del recurso, dado que sólo impugna la sentencia SERVI., S.A., hemos de partir de los siguientes hechos no controvertidos:

1. El 20 de enero de 2011 PROM., S.A. presentó ante el Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona escrito comunicando su situación de insolvencia y que había iniciado negociaciones para alcanzar un convenio anticipado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3º de la Ley Concursal.

2. El 7 de junio de 2011 PROM., S.A. otorgó escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario a favor de SERVI., S.A., filial de CAIXAB., adquiriendo 13 viviendas, 13 trasteros y 29 plazas de parking de un edificio sito en la calle Rafael de Casanova 30-32 de Palafrugell (documento uno de la demanda). El precio se fijó en 1.820.000 euros, más el IVA correspondiente (147.560 euros).

Dado que el importe del préstamo hipotecario que gravaba los inmuebles ascendía a 2.292.214,41 euros, el precio fue retenido por la entidad compradora para atender la deuda pendiente.

3. El mismo día 7 de junio de 2011 CAIXAB. firmó el documento privado que se acompaña a la demanda como documento dos, por el que condonaba a PROM., S.A. 472.214,41 euros, esto es, la cantidad que resultaba de deducir del total de la deuda hipotecaria el precio pactado por la venta.

4. También el 7 de junio de 2011 SERVI., S.A. y PROM., S.A. firmaron el contrato privado que se aporta como documento diez (folio 113), por el que la concursada entregó a SERVI., S.A. 45.000 euros procedentes del IVA de la operación, suma que debía destinar la compradora a atender gastos que PROM., S.A. había asumido con ocasión de la venta –fundamentalmente, la liquidación de tasas e impuestos sobre los inmuebles, que habían dado lugar a un embargo ejecutivo ordenado por el Ayuntamiento de Palafrugell (30.234,42 euros), reparaciones y trabajos pendientes (7.650 euros) y facturas de ENDESA (4.115,58 euros).

No se discute que, declarado el concurso, SERVI., S.A. devolvió a la concursada 5.315,58 euros de los 45.000 euros percibidos.

5. El 15 de junio de 2011 PROM., S.A. solicitó la declaración de concurso voluntario, que fue declarado finalmente por auto de la misma fecha.

SEGUNDO.- La Administración Concursal sostuvo en su demanda que ese pago de 45.000 euros a SERVI., S.A., al igual que otros pagos también impugnados a favor del resto de los demandados, fue perjudicial para la masa activa, dado que se privilegió a un acreedor en detrimento del resto, quebrándose con ello el principio de la paridad.

A tal pretensión se opuso la demandada, que manifestó en su escrito de contestación que consintió comprar las fincas libres de cargas y gravámenes, a excepción de la hipoteca constituida a favor de CAIXAB., y al corriente en el pago de impuestos y gastos de toda índole. El depósito de 45.000 euros se destinó a atender dichos gastos e impuestos. No concurren, a su entender, los requisitos exigidos por los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, dado que no habría prestado su consentimiento a la venta y condonación parcial de la deuda sin disponer del depósito constituido por la concursada para atender aquellos gastos e impuestos.

La sentencia de instancia, tras fijar con precisión los hechos probados y delimitar adecuadamente los términos de la controversia, estima íntegramente la demanda. Según señala el *juez a quo* en el hecho tercero de la sentencia, lo relevante no es si el precio de la compraventa fue inferior o superior al del mercado y si CAIXAB. accedió a condenar parte de la deuda. A su entender lo importante es la vulneración de la *par condicio creditorum*. Rechaza que el depósito se constituyera para cumplir con obligaciones derivadas de la escritura pública, sino que se destinó a pagar a acreedores de la concursada, alterándose el principio de la paridad. Por los mismos motivos también acordó la rescisión de los otros pagos objeto de la demanda.

La sentencia es recurrida únicamente por SERVI., S.A., que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en

su escrito de contestación. La administración concursal, por su parte, se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Planteados los términos del debate, no podemos sino compartir los argumentos de la recurrente. **La administración concursal impugna un acto aislado –el pago de 45.000 euros a SERVI., S.A. con la cantidad procedente del IVA-, cuando dicho acto se enmarca dentro de una operación más amplia integrada por la escritura pública de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, el documento de condonación de parte de la deuda y el contrato privado de constitución de un depósito en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la concursada en la escritura pública y en el propio contrato. El acuerdo entre las partes –la concursada, de un lado, titular de los inmuebles, y SERVI., S.A., de otro- tuvo por objeto un negocio complejo que comprendía, a su vez, varios negocios y actos jurídicos, de tal suerte que la aceptación de unos venía condicionada por la conformidad con los otros. Como dijimos en nuestra anterior sentencia de 2 de mayo de 2013 (Rollo 716/2012), en un supuesto similar al enjuiciado, el consentimiento se proyectó sobre todo el negocio en su conjunto –compraventa, condonación de deuda y destino que había que dar a parte del precio-. Esto es, SERVI., S.A. aceptó comprar los inmuebles y condonar una parte sustancial de la deuda por cuanto PROM., S.A. había aceptado que se cancelarían determinadas cargas y obligaciones que pesaban sobre aquellos inmuebles, que se transmitieron libres de cualquier gravamen. Y la aceptación de la concursada fue congruente con esa oferta, alcanzando, como un todo indivisible, a las condiciones de la venta y al destino que debía dársele al precio.**

Tal y como hemos expuesto, la mayor parte de la cantidad entregada a SERVI., S.A. se destinó a cancelar una anotación de embargo a favor del Ayuntamiento de Palafrugell que gravaba tres de las fincas registrales transmitidas. En la escritura se menciona esa carga y la obligación del transmitente de sufragar su importe (estipulación séptima, apartado o/, al folio 83). Esa obligación se concretó en la misma fecha, mediante la entrega en concepto de depósito de los 45.000 euros.

Como afirma la recurrente, SERVI., S.A. no hubiera aceptado adquirir los inmuebles por 2.292.214,41 euros y condonar 472.214,41 euros, si PROM., S.A. no hubiera asumido en la propia escritura cancelar los embargos que pesaban sobre los inmuebles y si no hubiera constituido el depósito por 45.000 euros. **Los tres contratos se firmaron en unidad de acto y forman parte del mismo negocio. Y si no es posible deslindar, en el terreno del concurso de la oferta y la aceptación, y en definitiva, en el ámbito del consentimiento contractual (artículos 1.262 del Código Civil), la compraventa y la condonación, por un lado, y el destino dado al precio, por otro, entendemos que el perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71 de la Ley Concursal, también ha de valorarse tomando en consideración el negocio en su conjunto. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia de 28 de marzo de 2012 (ROJ 2995/2012), que en un supuesto similar al enjuiciado (compraventa y destino del precio) considera que debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos “respondan a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible.”**

En definitiva, el acuerdo fue único y alcanzó a la venta, la condonación de la deuda y la constitución de un depósito para cancelar obligaciones que pesaban o guardaban relación con los inmuebles. No se cuestiona, por otro lado, que el negocio en su conjunto fuera beneficioso para la masa, por lo que la acción de reintegración no puede prosperar.

Por todo ello debemos estimar el recurso y dejar sin efecto la condena a SERVI., S.A. a reintegrar la cantidad de 39.684,42 euros.

CUARTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no procede su imposición en ninguna de las dos instancias (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No es fácil determinar cuándo un determinado acto puede ser objeto de un análisis individualizado y cuándo ha de vincularse a un negocio más complejo.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 355/2013, de 9 de Octubre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En relación con el artículo 72.1 LC, no se presume como **perjuicio patrimonial** la **dación en pago** como contraprestación de la puesta a disposición de fondos, antes del concurso, a favor de una sociedad para que ésta pudiera afrontar una deuda de vencimiento posterior a la declaración de concurso. La deuda que resulta de esa puesta a disposición no se puede considerar de vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso, aunque con dicho dinero se haya afrontado una deuda de vencimiento posterior.

La **condición de persona relacionada**, descrita en el artículo 93 LC, no admite una interpretación extensiva, así que no alcanza a los familiares de los socios o administradores, ya que no se encuentran en la literalidad de la norma.

La **dación de unos inmuebles en pago de un crédito** no puede considerarse perjudicial para la masa salvo que el valor de los inmuebles fuera superior al crédito que les servía de contraprestación.

Para que pueda existir **perjuicio indirecto** es preciso que resulte acreditado que el pago se hizo en un momento en el que aún no se había solicitado el concurso pero concurría el presupuesto objetivo que hubiera justificado que la solicitud se hubiera hecho, esto es, en un momento en el que la concursada se encontraba en **insolvencia**

Notas: Referencia la jurisprudencia reiterada del TS: STS de 12 de abril de 2012

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado en esta instancia el conflicto que enfrenta a las partes

1. El Administrador concursal (AC) de INV. CUS., S.L. ejercitó frente a la concursada y frente al Sr. J.N.C. una acción de reintegración a la masa del concurso solicitando la rescisión de la dación en pago acordada por las partes en fecha 10 de noviembre de 2009 por medio de la cual la concursada cedió al Sr. J.N.C. la propiedad sobre dos bienes inmuebles, concretamente dos solares sitos en la población de Camprodón (frente a Passeig de la Muralla núm. 22 y sin número), e inscritos en el Registro de la Propiedad de Ripoll como fincas núm. 4427 y 4354 de Camprodón. Esas fincas fueron adquiridas por la concursada en fecha 10 de octubre de 2006, por el precio de 234.394,71 euros, cantidad que abonó gracias a un crédito de Caixa E.P.B. de 240.000 euros, que avaló personalmente el Sr. J.N.C. La dación tuvo como contraprestación el pago por parte del Sr. J.N.C. de la cantidad de 240.000 euros, con la que se liquidó el crédito.

El AC alegaba en su demanda que el acto referido (la dación en pago) era perjudicial para la masa porque con el pago al Sr. J.N.C., padre del administrador de la concursada, se le ha favorecido, a la vez que perjudicado al resto de los acreedores, ya que los inmuebles dados en pago eran el único activo con el que contaba la sociedad; y afirmaba que concurría perjuicio porque resultaban de aplicación las presunciones del art. 71.2 LC, ya que la deuda pagada no estaba vencida, y del 71.3.,1.º LC, puesto que el favorecido por el acto es una persona especialmente relacionada con la concursada, en su calidad de padre de su administrador. Subsidiariamente invocó la norma general sobre el perjuicio para la masa afirmando que con la

dación en pago se habría vulnerado el principio de la *par condicio creditorum*. También alegó que en la operación podía advertirse una intención fraudulenta por parte del Sr. J.N.C.

2. El Sr. J.N.C. se opuso a la demanda alegando que no sólo había afianzado el crédito sino que había constituido una prenda sobre sus propios depósitos bancarios, razón por la que se vio forzado a llevar a cabo la operación ante la incapacidad de la concursada para generar recursos con los que afrontar el pago. También adujo que la dación en pago se hizo por la totalidad del crédito (240.000 euros), una cantidad muy inferior al valor real o de mercado de los inmuebles en el momento de la operación (93.757,88 euros) y alega que no se ha vulnerado ningún orden de prelación porque en el momento en que la operación se llevó a cabo la sociedad no se encontraba en concurso ni la operación puede considerarse perjudicial para el patrimonio de la concursada sino que se trata de una operación beneficiosa para la sociedad y realizada antes de que se encontrara en situación de insolvencia.

3. La resolución recurrida consideró que el acto impugnado era perjudicial para la masa por caer dentro del ámbito de la presunción *iuris et de iure* de perjuicio del art. 71.2 LC, al haberse llevado a cabo por medio de la dación en pago la extinción de obligaciones aún no vencidas. Para apreciar la existencia de perjuicio, el juzgado mercantil estima que no debe limitarse a considerar aisladamente la operación de dación en pago sino que también debe tomar en consideración su finalidad, esto es, que la misma se materializó con la finalidad de extinguir una obligación aún no vencida. No obstante, en cuanto a los efectos de la rescisión, estima que deben quedar limitados a la dación en pago, con la consiguiente restitución de las fincas a la concursada, sin ninguna otra contraprestación a favor del Sr. J.N.C. y sin apreciar en su conducta la concurrencia de mala fe, atendido que no había resultado acreditado que el valor de las fincas fuera superior al precio fijado en la dación de pago.

4. El recurso del Sr. J.N.C. niega la existencia de perjuicio o sacrificio patrimonial injustificado derivado de la operación impugnada. También estima que no resulta de aplicación la presunción del art. 71.2 LC, conforme con lo establecido en el art. 1129 del Código Civil, ya que la sociedad era incapaz de generar recursos con los que hacer efectivo el pago del crédito con el que financió la compra de las parcelas objeto de la dación en pago. Y alegó la inexistencia de perjuicio indirecto porque la sociedad no se encontraba en insolvencia en el momento en el que la operación se produjo y es la reintegración la que puede resultar perjudicial para la masa, pues supondría que volvieran a ella unos activos cuyo valor aproximado debe fijarse en la cantidad de 93.757,88 euros a cambio de que entre una deuda de 240.000 euros. Por último estima, de forma subsidiaria, que la resolución recurrida conculca el art. 73 LC, ya que debería haberse reconocido un crédito contra la masa por importe de 240.000 euros, importe pagado por el Sr. J.N.C.

SEGUNDO. Hechos que contextualizan el conflicto

5. Son hechos que la resolución recurrida considera probados y que las partes no discuten en esta alzada los siguientes:

<<1) La entidad INV. CUS., S.L. fue constituida en fecha 6 de julio de 2005 para la promoción inmobiliaria, siendo sus dos socios la entidad WHO, S.L. y D. J.N.R., hijo del demandado y sus administradores solidarios D. A.C.R. y el citado Sr. J.N.R..

2) En fecha 10 de octubre de 2006 INV. CUS., S.L. adquirió dos fincas en la localidad de Camprodón por las que abonaron 234.394,71 euros.

3) Para abonar dicho precio, la concursada concertó con La Caixa un crédito bancario en fecha 6 de octubre de 2006 por importe de 240.000 euros, crédito que tenía como fecha de vencimiento 6 de octubre de 2007. Llegada la fecha de vencimiento, el crédito fue novado, fijándose como nueva fecha de vencimiento el día 31 de octubre de 2008. Llegada dicha fecha, el contrato fue nuevamente aplazado en su vencimiento al día 31 de octubre de 2010.

4) D. J.N.C. constaba como avalista de la citada operación de crédito.

5) INV. CUS., S.L. fue declarada en concurso en fecha 13 de mayo de 2010. En el informe de la administración concursal consta una masa activa de 2.703,83 euros y una masa pasiva de 95.164,15 euros, en su mayoría créditos ordinarios.

6) En fecha 10 de noviembre de 2009 D. J.N.C. realizó transferencia bancaria por valor de 240.000 euros a la cuenta de la concursada, quedando cancelada la deuda con la entidad bancaria citada.

7) En la misma fecha el Sr. J.N.R., como administrador solidario de la concursada firmó escritura de dación en pago de las fincas antes dichas a favor del Sr. J.N.C., por la deuda que había surgido como consecuencia del pago del crédito realizado por el demandado>>.

TERCERO. El objeto de la reintegración y la apreciación del perjuicio

6. Compartimos lo que se afirma en la STS de 12 de abril de 2012 (ROJ: STS 4181/2012) sobre que <<... **para decidir si un acto supone un detrimento del patrimonio y si está justificado deberá analizarse en el contexto en el que se desarrolla, sin aislarlo artificiosamente de los que constituyen su causa jurídica y sus consecuencias...**>>. No obstante, esa idea, que puede resultar de gran utilidad cuando se trate de enjuiciar el perjuicio al amparo de lo establecido en la norma general del art. 71.4 LC, es más dudoso que resulte de aplicación a la hora de determinar el encaje del examen del perjuicio en cada una de las concretas presunciones establecidas en el art. 71.2 LC.

7. Para determinar si resultan de aplicación las presunciones *iuris et de iure* del art. 71.2 LC debe estarse, estrictamente, al acto objeto de la acción de reintegración, no a aquellos que puedan constituir su causa o justificación económica. En tal sentido, no podemos ignorar que el **único acto impugnado en su demanda por el AC fue la dación en pago, no así el pago de la obligación que la concursada tenía con un tercero, una entidad financiera, que fue la directa beneficiaria de la operación**, esto es, el acreedor que vio satisfecho su crédito antes de la fecha fijada para su vencimiento, después de las prórrogas de que había sido objeto con anterioridad. Y es éste (el existente entre la concursada y la entidad financiera) el crédito que vencía después de la declaración del concurso y cuyo pago se llevó a cabo con el dinero ingresado por el Sr. J.N.C. en la cuenta de la concursada. Por consiguiente, si el **objeto de la acción de reintegración hubiera sido ese pago, no existiría duda alguna sobre la aplicabilidad de la presunción del art. 71.2 LC**. La cuestión, en cambio, no es tan clara cuando ese pago ni siquiera ha sido objeto de la acción de reintegración.

8. El crédito que sirvió como contraprestación a la dación en pago no fue el crédito existente entre la concursada y Caixa E.P.B. (hoy CBK.) sino el existente entre el Sr. J.N.C. y la concursada como consecuencia del afianzamiento prestado a ésta. Del documento 3 de los aportados con la demanda del AC, un extracto bancario de la cuenta de la concursada en Caixa E.P.B. se deriva que el día 10 de noviembre de 2009 se recibió una transferencia de 240.000 euros, que no discuten las partes que tenía su origen en la cuenta del Sr. J.N.C. En la misma fecha se materializó la dación en pago.

Podemos deducir de lo anterior que, si es cierto lo que afirma en su demanda el AC y la póliza aún no se encontraba vencida en esa fecha, nada impedía a la concursada haber seguido operando con ella, esto es, haber seguido disponiendo. Por consiguiente, **lo que hizo el Sr. J.N.C. fue entregar a la concursada la cantidad de 240.000 euros, que ingresó en su cuenta. Por consiguiente, no pagó una deuda de la concursada sino que puso a su disposición fondos para que ésta pudiera afrontarla. De ello se deriva que no podamos considerar que a la deuda surgida como consecuencia de ello, que es la que sirvió como contraprestación en la operación de dación en pago, le sea de aplicación el mismo régimen de la deuda existente entre la concursada y la entidad financiera, esto es, que deba ser considerada una deuda de vencimiento posterior a la fecha de declaración del concurso.**

9. No desconocemos que la razón por la que el Sr. J.N.C. hizo ese pago venía condicionada por la previa garantía pignoratícia que había prestado por razón de esa deuda y que es razonable que obtuviera la liberación de ella. Esa es otra cuestión, que es pertinente analizar para juzgar si existe perjuicio y sobre ella volveremos en su momento. Lo único que por ahora debemos concluir es que no creemos que esa finalidad sea razón suficiente para considerar que la contraprestación de la dación en pago fuera el pago de una deuda posterior a la declaración del concurso, a los efectos de aplicar **la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC**. Por consiguiente, creemos que la referida presunción **no resulta de aplicación en el supuesto enjuiciado, pues la obligación satisfecha procede del propio pago de la cantidad por**

parte del Sr. J.N.C., pago que consideramos hecho a la concursada y que lo convirtió en acreedor de la misma.

CUARTO. Sobre la aplicabilidad de la presunción de perjuicio del art. 71.3, 1.º LC (persona especialmente relacionada)

10. La demanda no invocó únicamente la presunción del art. 71.2 LC sino que también lo hizo con la del art. 71.3.1.º LC considerando como persona especialmente relacionada al Sr. J.N.C. por su relación con uno de los administradores de la concursada (a la vez socio), el Sr. J.N.R., que es su hijo.

Se justifica esa imputación como persona especialmente relacionada porque, a pesar de no tener la condición de socio o administrador, concedió el afianzamiento a que antes se ha hecho referencia, y en su condición de padre del administrador, a su vez era titular de un 50 % de las participaciones sociales. También se alegó que el art. 16.3.c. del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, considera persona vinculada, a los efectos de la responsabilidad por el Impuesto de Sociedades, a los cónyuges o parientes, en línea directa o colateral de los socios o partícipes, consejeros y administradores.

11. No creemos que resulte de aplicación al caso una norma como la invocada por el AC, que regula el Impuesto de Sociedades. **Quienes tengan la condición de persona relacionada en la Ley Concursal lo determina el art. 93, precepto cuya interpretación no creemos que se pueda hacer en sentido extensivo, como solicita el demandante, sino estricto, de manera que no se puede incluir en su ámbito a otros que no sean los expresamente indicados en la literalidad de la norma. Esa literalidad no alcanza a los familiares de los socios o administradores, por más que su implicación en los negocios sociales pueda ser tan evidente como resulta en el caso.** No obstante, el hecho de que haya prestado su afianzamiento a la principal operación de la sociedad no constituye al recurrente en persona especialmente relacionada con la sociedad pues para ello debiera encontrarse dentro de los supuestos que se encuentran descritos en la propia la norma, cosa que no ocurre.

Así lo hemos venido considerando en pronunciamientos anteriores tales como la Sentencia de 8 de enero de 2009 (RA: 497/08) o la de 28 de noviembre de 2008 (RA 939/07), entre otras, en todos los cuales hemos entendido que la norma no admite una interpretación extensiva.

QUINTO. Examen del perjuicio

12. La demanda sostiene que, en cualquier caso, esto es, aunque no resultaran de aplicación las presunciones de perjuicio antes referidas, la operación impugnada resulta perjudicial para la masa, ya que las fincas cedidas en pago constituían el único activo de la concursada y se realizó con la finalidad de favorecer a un acreedor de la sociedad en perjuicio de los demás, vulnerando el principio de paridad que debe presidir el concurso.

13. Como hemos venido entendiendo de forma reiterada en resoluciones anteriores, **el perjuicio para la masa activa, que constituye el requisito fundamental para que proceda la reintegración concursal, exige que se produzca un “sacrificio patrimonial injustificado”, lo que implica un doble elemento: (i) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa; y (ii) que ello no se encuentre justificado** (SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009 –Roj: SAP B 1485/2009-). En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en su Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010).

Esa valoración debe hacerse *ex ante* y no *ex post*, esto es, en el momento de la realización del acto impugnado.

14. Desde esa perspectiva, **no podemos considerar que el acto impugnado, la dación de unos inmuebles en pago de un crédito pueda considerarse perjudicial para la masa, salvo en el caso de que el valor de los inmuebles fuera superior al del crédito que les servía de contraprestación.** En el supuesto enjuiciado no se ha acreditado que sea esto lo que ocurriera. Más bien parece razonable que fuera justamente lo contrario: que el valor de los inmuebles fuera en el momento del acto impugnado muy inferior al importe del crédito que con la dación se extinguía. Los inmuebles fueron adquiridos por la sociedad en el año 2006, en el momento de mayor expansión de la denominada “burbuja inmobiliaria” por

un precio cercano a los 240.000 euros, y no nos puede extrañar que su valor real fuera en noviembre de 2009 de unos 90.000 euros, como alega el demandado Sr. J.N.C. Por consiguiente, desde esa perspectiva, no creemos que el acto pueda ser considerado perjudicial para la masa sino más bien lo contrario, muy beneficioso.

15. No obstante lo anterior, también hemos considerado que el **perjuicio para la masa no tiene por qué traducirse en todo caso en la falta de la equivalencia de las prestaciones (el llamado perjuicio directo) sino que también alcanza a aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, lo que se produciría cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro (perjuicio indirecto)**. En tal sentido puede verse nuestra Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj: SAP B 1810/2009).

16. Para que pueda existir ese perjuicio indirecto es preciso que resulte acreditado que el pago se hizo en un momento en el que aún no se había solicitado el concurso pero concurría el presupuesto objetivo que hubiera justificado que la solicitud se hubiera hecho, esto es, en un momento en el que la concursada se encontraba en insolvencia. En el supuesto que enjuicamos no podemos deducir de la demanda del AC que se hiciera invocación alguna de que la sociedad se encontrara en insolvencia en el momento en el que se firmó la dación en pago impugnada. Y, por lo que podemos deducir de lo que se afirma en el escrito de oposición al recurso formulado por Prom. P. Pur., S.L., un acreedor que se adhirió a la postura del AC, el informe del AC descarta que la concursada se encontrara en situación de insolvencia en noviembre de 2009. Ello permite descartar que exista perjuicio indirecto.

17. En suma, la inexistencia de prueba del perjuicio, unida a la imposibilidad de aplicar las presunciones del mismo, conducen a que debamos desestimar la demanda.

SEXTO. Costas

18. A pesar de que la demanda resulte desestimada, estimamos que no es procedente la imposición de las costas, al estimar que el caso plantea dudas de hecho y de derecho que así lo justifican.

19. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 356/2013, de 9 de Octubre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En relación con la **rescisión de los actos perjudiciales para la masa activa**, prevista en el artículo 71.1 LC, no se considerará perjudicial la constitución de una **prenda de créditos futuros** (71.3 2º LC) cuando el perjuicio padecido sea menor que el beneficio que se obtenga (un aplazamiento en los pagos y levantamiento del embargo trabado sobre los bienes).

Por otro lado, es favorable a la no rescisión del contrato el hecho de que el acreedor pignoraticio sea el **proveedor esencial** de la sociedad concursada.

Notas: Referencia el criterio del Tribunal Supremo al respecto, STS 5329/2010.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El Administrador concursal (AC) de ELFE., S.A. interpuso demanda de reintegración concursal contra la concursada y contra M., LTD. solicitando que se reintegrara a la masa una prenda de créditos futuros, constituida hasta la suma de 300.000 euros por parte de la concursada en fecha 25 de julio de 2011 a favor de M., LTD., rescindiendo el negocio de constitución del referido derecho y condenando a M., LTD. a reintegrar a la masa las cantidades efectivamente percibidas por razón de la misma con sus intereses legales, así como a devolver los pagarés que tuviera en su poder.

2. La concursada se allanó a la demanda. M., LTD. se opuso a ella alegando que el acto no podía considerarse perjudicial para la masa porque estaba justificado por la financiación de la deuda existente entre las partes, que la concursada no había pagado a su vencimiento y cuyo pago le había reclamado judicialmente, si bien desistió del procedimiento cambiario al llegar a un acuerdo sobre constitución de la garantía. También alegó que no puede considerarse justificado que ELFE., S.A. se encontrara en situación de insolvencia en el momento en el que se constituyó la garantía, muestra de lo cual es que había instado previamente la solicitud de concurso necesario y le fue rechazada por el Juzgado Mercantil 9 de Barcelona, desistiendo del recurso de apelación contra el auto de inadmisión de la solicitud para permitir que ELFE., S.A. pudiera llegar a un acuerdo de financiación con los bancos.

3. El juzgado mercantil estimó íntegramente la demanda considerando que existía perjuicio para la masa por las siguientes razones:

- a) La prenda se había constituido sobre derechos de crédito que no eran líquidos, vencidos y exigibles y para garantizar obligaciones preexistentes que mejoraron su condición en perjuicio de los restantes acreedores.
- b) El hecho de que M., LTD. fuera un proveedor importante no justifica la constitución de la prenda.
- c) La concursada se encontraba en insolvencia en el momento de la constitución del referido derecho a favor de M., LTD.

4. M., LTD. recurre contra la resolución estimatoria aduciendo que:

- a) No existe perjuicio porque la prenda tuvo como contraprestación la financiación de la deuda existente entre las partes y determinó que desistiera de los procedimientos iniciados en su reclamación.
- b) No se trató de un acto gratuito sino que el mismo tenía una causa onerosa, la antes referida.
- c) No se ha probado que en el momento de la constitución de la prenda la concursada se encontrara en situación de insolvencia. El juzgado lo afirma pero se limita a ello pues no justifica las razones por las que estima que concurría insolvencia con tantos meses de antelación a la solicitud del concurso, particularmente cuando las testificales practicadas prueban precisamente lo contrario.

SEGUNDO. Hechos que contextualizan el conflicto que enfrenta a las partes

5. Los hechos que sirven de contexto al conflicto que enfrenta a las partes, que esencialmente es de carácter valorativo, son los siguientes:

- a) El día 29 de octubre de 2010 M., LTD. y la concursada suscribieron un documento de reconocimiento de deuda en el que se recogía que Elaborados Férricos le adeudaba en ese momento la cantidad de 776.761,70 euros, comprometiéndose ésta a abonarla por medio de dos pagos: uno de 332.587,20 euros, que se debía hacer efectivo el siguiente 25 de noviembre de 2010; y el segundo de 444.174,50 euros el siguiente 25 de diciembre de 2010. En garantía le entregó dos pagarés por los referidos importes, uno de vencimiento 26 de noviembre y el otro el 28 de diciembre de 2010, que M., LTD. se comprometía a devolver en cuanto los pagos se hubieran efectuado. El origen de la deuda se encuentra en la falta de pago de las cuatro facturas siguientes: (1) núm. 10/2776, de 12 de julio de 2010, por 63.830,25 euros; (2) núm. 10/2777, de 16 de julio de 2010, por 172.920 euros; (3) núm. 10/2778, de 26 de julio, por 106.342,50 euros; y (4) núm. 10/2802, de 16 de septiembre, por 444.174,50 euros.
- b) La concursada no cumplió con los compromisos de pago pactados abonando exclusivamente la cantidad de 150.000 euros, el 16 de diciembre de 2010, a cuenta de la deuda. Ante ello M., LTD. instó el concurso necesario de ELFE., S.A. el 12 de enero de 2011; el Juzgado Mercantil núm. 9, a quien resultó turnada la solicitud, no la admitió a trámite por medio de auto de 21 de enero de 2010 en el que apreció

que la solicitante no había acreditado que la solicitada se encontrara incurso en la situación indicativa de insolvencia expresada en la solicitud, esto es, sobreseimiento en el pago de las obligaciones. M., LTD. interpuso recurso de apelación, del que más tarde desistió para facilitar las negociaciones que la concursada había iniciado con diversas entidades financieras, lideradas por Banco Santander (Club Deal) para obtener un crédito de dos millones de euros con el que pensaba atender a los pagos pendientes con los acreedores. Las negociaciones encallaron finalmente y no se obtuvo la financiación esperada.

c) Ante ello M., LTD. decidió ejecutar ante los Juzgados de Rubí los pagarés que tenía contra la concursada, si bien tras ello se iniciaron negociaciones entre las partes que terminaron con el desistimiento del procedimiento cambiario y con el otorgamiento de la escritura a que se hace referencia en el hecho siguiente.

d) El 25 de julio de 2011 las partes firmaron un nuevo reconocimiento de deuda, esta vez en escritura pública, manifestando que traía causa de los suministros antes referidos con un principal pendiente de 626.761,70 euros, cantidad a la que adicionaron 18.642,40 euros derivados de la devolución de los pagarés y otros 10.259,72 euros de intereses. La concursada se comprometió a abonar las referidas cantidades en la siguiente forma: (i) 90.000 euros mediante el endoso de un pagaré de 80.262,90 euros a cargo de Constructora Pirenaica, S.A. y vencimiento 25 de diciembre de 2011 y otros 9.731,10 euros mediante transferencia bancaria dentro de los 60 días siguientes; (ii) en cuanto a los restantes 565.663,82 euros, en 14 cuotas mensuales de 40.000 euros cada una con vencimiento desde el 30 de agosto de 2011 al 30 de octubre de 2012, más una cuota final de 5.663,82 euros pagadera el 30 de noviembre de 2012. En garantía del pago de esas obligaciones la concursada constituyó derecho de prenda sobre todos aquellos derechos económicos que se devengaran a favor de la concursada como consecuencia del contrato de ejecución de obra suscrito con UTE Carril Bus Vao el 30 de junio de 2010, hasta una suma máxima de 300.000 euros.

e) El 9 de enero de 2012 ELFE., S.A. solicitó su propio concurso, que fue declarado el siguiente día 14 de febrero.

6. Si bien respecto de esos hechos no existe conflicto entre las partes, sí que existe conflicto sobre un dato de hecho de interés muy relevante, cual es si ELFE., S.A. se encontraba o no en situación de insolvencia en el momento en el que las partes firmaron la escritura pública de reconocimiento de deuda y de constitución de la garantía que es objeto del presente procedimiento. Mientras la recurrente estima que no existía la situación de insolvencia en esa fecha, o al menos no se ha acreditado que existiera, el AC alega que está acreditado que la concursada tenía ya al cierre del ejercicio 2010 un fondo de maniobra negativo de 9,2 millones de euros, tal y como avala el informe de auditoría emitido por Crowe Horwath, de donde deduce que se encontraba en situación de insolvencia en el momento de la constitución de la garantía.

TERCERO. Sobre el perjuicio de la operación

7. El art. 71.1 LC declara rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiera existido intención fraudulenta.

8. Como hemos venido entendiendo de forma reiterada en resoluciones anteriores, el **perjuicio para la masa activa, que constituye el requisito fundamental para que proceda la reintegración concursal, exige que se produzca un “sacrificio patrimonial injustificado”, lo que implica un doble elemento: (i) una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa; y (ii) que ello no se encuentre justificado** (SAP Barcelona de 6 de febrero de 2009 –Roj: SAP B 1485/2009-). En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en su Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Roj: STS 5329/2010).

Esa valoración debe hacerse *ex ante* y no *ex post*, esto es, en el momento de la realización del acto impugnado.

9. No obstante lo anterior, también hemos considerado que el **perjuicio para la masa no tiene por qué traducirse en todo caso en la falta de la equivalencia de las prestaciones (el llamado perjuicio directo) sino que también alcanza a aquellos actos que supongan un perjuicio indirecto por**

quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, lo que se produciría cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal de cobro (perjuicio indirecto). En tal sentido puede verse nuestra Sentencia de 8 de enero de 2009 (Roj: SAP B 1810/2009).

10. La existencia de **perjuicio patrimonial** queda presumida en los supuestos que se expresan en el art. 71.2 LC. Se trata de presunciones *iuris et de iure* de perjuicio, esto es, **supuestos en los que basta con la acreditación de la situación de hecho contemplada en la norma para que deba considerarse que el acto impugnado es perjudicial para la masa**. Ninguno de ellos guarda relación con la cuestión objeto del presente procedimiento.

11. El art. 71.3 LC favorece el **enjuiciamiento del requisito del perjuicio con presunciones *iuris tantum* de su existencia en los supuestos que la norma establece**. Entre ellos se encuentra, expresada en el apartado 2.º, la **constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas**. Esta presunción de perjuicio admite prueba en contrario, de manera que, acreditada la situación a la que se refiere la presunción legal, corresponde a los demandados la acreditación de que el acto no fue perjudicial para la masa.

12. M., LTD. alega que el acto no puede ser considerado como perjudicial para la masa porque la constitución de la garantía tenía una justificación bien evidente, facilitar o permitir la financiación de la concursada, que obtuvo con ella un nuevo aplazamiento de una deuda previamente vencida, y respecto de la cual ya había entregado al acreedor previamente otras garantías, unos pagarés cuya ejecución judicial se había iniciado.

También alegó que el carácter de sacrificio justificado podía venir determinado por el carácter de acreedor esencial que tenía respecto de la luego concursada.

Valoración del tribunal

13. El hecho de que la prenda se constituyera en garantía de créditos futuros de la concursada, créditos que por tal razón resulta obvio que no podían ser vencidos, líquidos y existentes, no constituye un dato que justifique la conclusión de que existe perjuicio para la masa. Con independencia de cuál sea su eficacia y alcance frente al concurso, cuestión que es ajena al objeto de este procedimiento, **lo relevante es que la prenda de créditos futuros es una garantía que nuestro ordenamiento admite**. En sí misma, su constitución **no tiene por qué ser perjudicial para la masa**; al menos no lo es en mayor medida que la constitución de cual otra garantía real sino que **habrá que ponerla en relación con el contexto en el que se produjo la constitución en cada caso para juzgar su carácter perjudicial**.

14. Los documentos aportados con la contestación a la demanda, consistentes en los correos electrónicos que tuvieron lugar durante las semanas previas a la firma del negocio cuestionado, evidencian que el desistimiento del proceso de ejecución tuvo como causa más inmediata el acuerdo al que las partes habían llegado de garantizar el pago de la deuda a través de la pignoración de los créditos futuros que se habían de derivar para ELFE., S.A. de la ejecución de un contrato de obra en el que estaba participando.

Por tanto, si bien es cierto que la constitución de esa garantía a favor de un crédito preexistente supuso un sacrificio para la masa, creemos que se trata de un **sacrificio justificado, dado que la masa debía sufrir de forma inmediata el embargo trabado con ocasión del proceso de ejecución antes referido y que resultó levantado como consecuencia del acuerdo alcanzado**. Y es muy relevante tener en cuenta que ELFE., S.A. era una empresa en funcionamiento y que el embargo se había trabado sobre todos sus depósitos bancarios, lo que muy probablemente hubiera podido comportar un perjuicio para la masa activa mayor que el que suponía la garantía real constituida en su sustitución, ya que ese embargo hubiera imposibilitado o dificultado de forma muy notable, y de forma inmediata, la continuidad de la actividad empresarial. Es fácil deducir que la continuidad de la actividad estaba condicionada a la disponibilidad de efectivo con el que ir atendiendo al pago de los suministros necesarios para el desarrollo de la actividad, suministro que muy difícilmente podría haberse conseguido mediante pago aplazado. Por consiguiente, **el levantamiento del embargo, conseguido gracias a la constitución de la garantía, fue**

determinante para permitir la continuidad de la actividad productiva durante al menos seis meses más.

En suma, en contraprestación por la garantía constituida la masa recibió un doble beneficio: (i) de una parte, obtuvo un aplazamiento en los pagos; y (ii) de otra, consiguió el levantamiento del embargo trabado sobre los bienes de ELFE., S.A..

15. Tampoco puede desconocerse la otra razón por la que M., LTD. considera que el sacrificio para la masa era justificado, su **carácter de proveedor esencial para la continuidad de la actividad por parte de la concursada**. La resolución recurrida se limita a discrepar de que sea una razón que permita justificar la constitución de la garantía cuestionada pero sin exponer los motivos por los que se sostiene esa opinión.

Aunque desconocemos hasta qué punto la recurrente pueda ser considerada como un **proveedor estratégico, esto es, un proveedor cuyos suministros fueran esenciales para permitir el desarrollo de la actividad de la empresa**, porque la prueba sobre el particular no ha sido precisamente prolija, lo cierto es que la resolución recurrida no le ha negado el carácter de proveedor esencial, razón por la que deducimos que **la continuación del suministro pudo servir de justificación, también, a la constitución de la garantía real cuestionada**. Ello sin duda que también justifica el sacrificio patrimonial para la masa que podía comportar la constitución de la garantía.

16. En definitiva, debemos compartir con la recurrente que, **a pesar de la presunción de perjuicio en la que el acto impugnado se encuentra incurso, existen datos que permiten concluir que el mismo no fue perjudicial para la masa**. Ello nos lleva a tener que desestimar la demanda por no concurrir el requisito esencial que justifica la reintegración concursal, el perjuicio para la masa.

CUARTO. Costas

17. Aunque la demanda resulte desestimada íntegramente, estimamos que concurren en el caso dudas de hecho que justifican el apartamiento del criterio objetivo del vencimiento establecido en el art. 394.1 LEC.

18. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 176/2013, de 2 de Mayo de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Un préstamo realizado por la concursada sin interés y con un amplio plazo de devolución se convierte en un **acto de disposición a título gratuito**, susceptible de considerarse perjuicio patrimonial, al albur del artículo 71 LC.

Por otro lado, en relación con los actos ordinarios del artículo 71.5º-1º LC, los préstamos entre empresas de grupo, por habituales que sean, no integran la **actividad ordinaria del deudor**, y menos cuando son **préstamos sin interés**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Administración Concursal de BIO.CL., S.L.U., al amparo de lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley Concursal, promueve acción de reintegración de las cantidades entregadas por la concursada a BIO.M.S., S.L.U., por un importe total de 311.165,58 euros. La acción se sustenta en los siguientes hechos no controvertidos:

- 1) La entidad BIO.CL., S.L.U. fue declarada en concurso voluntario por auto de fecha 14 de marzo de 2011.
- 2) La concursada está regida y administrada por la mercantil demandada BIO.M.S., S.L.U. que es, a su vez, titular del 100% de las participaciones sociales de la concursada.
- 3) Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso –a partir del 21 de abril de 2009- la concursada ha dispuesto a favor de BIO.M.S., S.L.U. la cantidad total de 311.165,58 euros, suma que aparece contabilizada como “crédito a corto plazo con entidades del grupo” (documento tres de la demanda).

La administración concursal sostuvo en la demanda que las disposiciones a favor del socio único lo fueron a título gratuito y, por tanto, que son rescindibles al presumirse *iuris et de iure* el perjuicio patrimonial. Por ello interesó se declarara la rescisión y se condenara a la demandada a la restitución de la cantidad percibida.

Las demandadas, por su parte, se opusieron a la demanda negando, como se afirmaba en la demanda, que las entregas de dinero lo fueran en concepto de donación. La cantidad se entregó como préstamo sin interés a devolver en treinta años, según un acuerdo verbal entre dos empresas de un mismo grupo. La cantidad prestada, según las demandadas, se destinó a atender a proveedores y trabajadores de la prestataria BIO.M.S., S.L.U.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, si bien descarta que las entregas lo fueran en concepto de donación, al no constar el *animus donandi*, califica el negocio jurídico como un acto de disposición a título gratuito. Rechaza, por otro lado, que los actos impugnados fueran actos ordinarios de la actividad encuadrables en el artículo 71.5º de la Ley Concursal y que el supuesto interés del grupo fuera relevante. Por todo ello estima íntegramente la demanda y condena a la demandada al pago de 311.165,58 euros, más los intereses correspondientes.

La sentencia es recurrida por la concursada. Afirma, en primer lugar, que las entregas están amparadas en el artículo 71.5º de la LC, que declara no rescindibles los actos ordinarios de la actividad. En segundo lugar, por tratarse de un préstamo reflejado en la Contabilidad de las dos empresas, no es un acto a título gratuito. Insiste, por último, en otras consideraciones que realizó en el escrito de contestación, como en el destino que se le dio a las cantidades prestadas o en que, de ordenarse la restitución, BIO.M.S., S.L.U. se vería abocada al cierre.

TERCERO.- El artículo 71 de la Ley Concursal dispone que, declarado el concurso, “serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta”. Con arreglo a lo previsto en el apartado segundo del precepto citado, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, “cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades al uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso”. En los supuestos del apartado tercero, el perjuicio patrimonial se presume, salvo prueba en contrario, en tanto que, en los demás supuestos, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (apartado cuarto).

Entre los actos que en ningún caso podrán ser objeto de rescisión, el artículo 71.5º, apartado primero, contempla los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.

CUARTO.- Aplicado cuanto antecede al supuesto enjuiciado, no podemos sino confirmar los extensos y acertados fundamentos jurídicos de la sentencia apelada. La recurrente parece equiparar “acto a título gratuito” con donación, de tal suerte que, al aceptar la sentencia de instancia que las entregas lo fueron en concepto de préstamo, el perjuicio patrimonial, a su entender, no puede presumirse. Discrepamos, sin embargo, de semejante conclusión. Es cierto que, por no presumirse la intención de donar, las disposiciones a favor del socio único de la concursada no pueden calificarse como actos de mera liberalidad o donaciones. **Es correcto, por tanto, calificarlos como préstamos entre empresas del grupo**, tal y como aparecen reflejados en la contabilidad de las demandadas. Éstas, a su vez, nos aclaran que **el préstamo se pactó sin interés y a devolver en 30 años**.

Ello no obstante, **un préstamo sin interés y con semejante plazo de devolución es, indudablemente, un acto a título gratuito**. Nuestro Ordenamiento no define qué debe entenderse por acto gratuito. Simplemente lo contrapone, en distintas ocasiones y con diferente denominación, a los actos onerosos (artículos 1289, 1297, 1274, 1035 del Código Civil o 34 de la Ley Hipotecaria). Sí lo hace la **doctrina** que, en términos generales, considera que **un acto es gratuito cuando se realiza sin contraprestación alguna por la otra parte**. A diferencia de los contratos onerosos, en los que la atribución patrimonial de una de las partes se ve compensada por la prestación del otro, **en los actos gratuitos la prestación lo es sin beneficio o ventaja alguna para quien los lleva a cabo**.

Por lo que se refiere al préstamo, el artículo 1740 del Código Civil expresamente dispone que “puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses”. No existe, por tanto, ninguna duda, que **los actos de disposición realizados por la concursada merecen la consideración de gratuitos y, en consecuencia, que están afectados por la presunción de perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, del artículo 71.2º de la Ley Concursal**.

La recurrente alude a un supuesto interés del grupo para eludir la presunción e, incluso, para sostener que las entregas de dinero no fueron perjudiciales para la masa activa. Ciertamente, en alguna ocasión hemos mantenido como **hipótesis que los actos de disposición a favor de empresas del grupo no sean a título gratuito, debiendo estar al caso concreto**. Así, en Sentencia de 4 de julio de 2011 (ROJ 8914/2011), destacábamos que *“el mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción iuris et de iure de perjuicio del art. 71.2 LC. Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo. Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, puede concluirse que una operación aparentemente gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en sí misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC.”*

En el supuesto enjuiciado, en el que la concursada es filial de BIO.M.S., S.L.U., **no advertimos en qué medida los préstamos sin interés le beneficiaron, cuando la cantidad prestada se destinó íntegramente a atender deudas de la dominante**. Cosa distinta hubiera sido de darse la situación contraria, esto es, que la beneficiaria del préstamo fuera una sociedad participada al 100% por la concursada.

QUINTO.- La concursada alega, por último, que los actos estarían excluidos de la reintegración conforme a lo previsto en el artículo 71.5º-1º de la Ley Concursal, que contempla como no rescindibles “los actos ordinarios de la actividad empresarial o profesional del deudor realizados en condiciones normales”. En sentencia de 27 de enero de 2011 (ROJ 1765/2011) dijimos que entre ellos *“se comprenden, en principio, siempre que se realicen en condiciones normales, los actos o negocios propios del giro o tráfico del deudor concursado así como los generados por el mantenimiento de su centro de actividad, excluyéndose los que no pertenezcan al ámbito de la actividad propia de la empresa y los de gestión extraordinaria*.

Hemos señalado en anteriores sentencias que si bien esta norma parece operar como un límite a la acción y facultad rescisoria, en realidad también encuentra fundamento en la ausencia del presupuesto objetivo de dicha acción, ya que, por principio, tales actos ordinarios, así entendidos, realizados en condiciones normales, las habituales o usuales que son observadas en este tipo de actos, no causarían un perjuicio a la masa activa en la medida en que, con la correlativa y equivalente contraprestación, y sin ocasionar una disminución patrimonial ni una alteración del trato paritario, han posibilitado la continuidad empresarial y potencialmente la generación de rendimientos.”

La alegación tampoco puede prosperar. Los préstamos entre empresas de grupo, por habituales que sean, no integran la actividad ordinaria del deudor. Los actos han de analizarse desde la perspectiva de la concursada, cuyo objeto social no consta que comprenda entregar cantidades a préstamo sin interés. Es indiferente, en definitiva, el destino que pudiera darle la prestataria a la cantidad percibida.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia apelada.

SEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 218/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En una **operación compleja**, para juzgar si existe perjuicio para la masa activa debe analizarse la **íntegra operación** dentro de la cual se enmarca.

Debe analizarse si unos actos están **vinculados** con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos respondan a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible.

El hecho de que en la operación se incluyera el pago de una deuda ajena se estima que no modifica el juicio favorable a la inexistencia de perjuicio, y el hecho de que ese pago haya podido redundar en beneficio de terceras personas (la sociedad matriz y el administrador de la concursada) no constituye tampoco un argumento que permita modificar el juicio sobre la inexistencia de perjuicio desde la perspectiva en la que es posible hacerlo en el ámbito de la concreta acción ejercitada, ya que los términos de la operación, vista desde la perspectiva del patrimonio de la concursada, evidencian que fue muy favorable a sus intereses.

Notas: Referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia. STS de 7 de mayo de 2008.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Administración concursal de PROB., S.L. interpuso demanda de reintegración concursal contra la concursada y contra Caixa D'Estalvis del Penedés (hoy Banco Mare Nostrum, S.A.) y UG., S.L. en solicitud de que se condenara a las demandadas a restituir a la concursada la cantidad de 1.212.625,70 euros que ésta pagó el día 30 de septiembre de 2008 por cuenta de su matriz UG., S.L.

2. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que no concurría perjuicio para la concursada ya que el pago de la deuda de la matriz se hizo en el contexto de una operación compleja que comportó la dación en pago por parte de la concursada de inmuebles por valor de 39.525.000 euros (IVA incluido) en contraprestación por la cancelación de diversas posiciones deudoras que la concursada tenía con Caixa Penedés, entre ellas la cancelación de la póliza de crédito de UG., S.L. de 1.180.000 euros. La razón por la que se apreció que no existía perjuicio es porque la operación se diseñó de forma conjunta y no puede pretenderse la rescisión de uno concreto de los pagos de forma separada.

3. El recurso de la Administración concursal impugna la resolución recurrida afirmando que no ha valorado de forma adecuada el perjuicio que el pago impugnado causó a la masa del concurso porque no

ha tomado en consideración que la operación es un acto dispositivo a título gratuito que supuso una reducción sin contraprestación alguna de las disponibilidades de tesorería de la concursada. Y tampoco ha tenido en cuenta que la concursada tenía a la fecha de la operación otras posiciones deudoras en Caixa Penedés por un importe total de 9.047.149,31 euros, lo que hace aún más injustificado el destino concedido al pago de la deuda de un tercero (la matriz), deuda que se encontraba garantizada con una hipoteca constituida sobre una vivienda unifamiliar propiedad de los Sres. S.M. y U.F. (el administrador de la concursada y su esposa).

SEGUNDO. 4. No podemos compartir con la AC recurrente que la resolución recurrida no haya analizado el perjuicio que la operación impugnada causaba al patrimonio de la concursada y tampoco que no haya hecho adecuadamente ese análisis. Lo que la resolución recurrida afirma es que **la concreta operación impugnada, el pago de una deuda de la matriz, hecho en el marco de una operación mucho más amplia, no puede ser analizada de forma aislada**, como propone la AC, particularmente cuando ha sido la propia demandante quien no ha pretendido limitar los efectos de la rescisión a la matriz sino que ha extendido tanto la acción como su petición de efectos a la entidad financiera. Por consiguiente, **no estamos analizando simplemente el pago de una deuda de la matriz hecho por una sociedad filial, pago que no cabe duda que benefició a la matriz y al administrador de la concursada, pues permitió liberar al inmueble que constituye su vivienda familiar de una carga hipotecaria**. Y, en lógica consecuencia, se tradujo en un perjuicio para la concursada.

Al haber incluido la AC a la entidad bancaria que fue directamente beneficiaria del pago, esto es, la titular del derecho de crédito contra la sociedad matriz, los términos del planteamiento para analizar la existencia de perjuicio son muy distintos: ya no es posible analizarlo simplemente como un pago entre la filial y la matriz, que de paso beneficia al administrador de la concursada, sino que **debe analizarse la íntegra operación dentro de la cual se enmarca, para juzgar adecuadamente si existe perjuicio para la masa activa de la concursada**, como con acierto ha hecho la resolución recurrida.

5. Como afirma la sentencia de instancia, **la entidad demandada jamás hubiera adquirido los inmuebles referidos, y mucho menos por el precio pactado, si previamente la concursada no se hubiera obligado a cancelar las posiciones deudoras**. Y si no es posible deslindar, en el terreno del concurso de la oferta y la aceptación, y en definitiva, en el ámbito del consentimiento contractual (artículos 1.262 del Código Civil), las compraventas, por un lado, y el destino dado al precio, por otro, entendemos que el perjuicio patrimonial, a los efectos establecidos en el artículo 71 de la Ley Concursal, también **ha de valorarse tomando en consideración el negocio en su conjunto**. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, **avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio**. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente **sentencia de 28 de marzo de 2012** (ROJ 2995/2012), que en un supuesto similar al enjuiciado (compraventa y destino del precio) considera que **debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos “respondan a una operativa negocial compleja que las partes han querido de forma inescindible”**.

6. No se discute por las partes que esa operación compleja, que se materializó tras arduas negociaciones, se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2008 y en sustancia consistió en que la concursada PROB., S.L. dio en pago a Caixa Penedés diversos inmuebles a cambio de amortizar posiciones deudoras. Concretamente, los inmuebles dados en pago fueron los siguientes:

a) Un terreno en Can Gambus (Sabadell), que la concursada había adquirido el 26 de abril de 2006 por 28.564.100 euros y que vendió a T.P., S.L. (una sociedad del grupo Caixa Penedés) por 29.000.000 + 4.640.000 de IVA.

b) 9 casas unifamiliares sitas en Urbanización Las Pungolas, que vendió a Caixa Penedés por 5.500.000 + 385.000 de IVA.

c) El importe total de esas ventas se fijó en la cantidad de 39.525.000 euros (IVA incluido). Con ese importe se acordó que Caixa Penedés procedería a cancelar posiciones deudoras en su mayor parte de la concursada, y en una pequeña parte de UG., S.L. (la parte que es objeto de la acción de reintegración) por igual importe de 39.525.000 euros. Concretamente, el desglose de las posiciones deudoras que sirvieron como contraprestación de las fincas entregadas en pago es el siguiente:

a) 23.807.600 euros se destinó a cancelar la hipoteca que gravaba el solar de Can Gambus.

- b) 3.307.998,61 euros, a cancelar la hipoteca sobre las fincas de Les Pungolas.
- c) 5.200.000 euros a cancelar una póliza de crédito de la concursada y 188.749 euros al pago de intereses de demora del referido crédito.
- d) 4.800.000 euros a cancelar una segunda póliza de crédito y 166.024,98 euros de intereses de demora del referido crédito.
- e) 1.180.000 euros a cancelar una póliza de crédito de UG., S.L. 4 Holding S.L. y 32.625,70 euros de intereses de demora de esa póliza. Estas son las cantidades objeto de la rescisión en este procedimiento.
- f) 513.265,71 euros, que se destinaron a pagar recibos pendientes y descubiertos en cuenta.
- g) 328.736,00 euros a atender una póliza de crédito con garantía hipotecaria de 2.700.000 euros, que quedó reducida a un nuevo límite de 2.371.264 euros.

7. Los términos de la operación, vista desde la perspectiva del patrimonio de la concursada, evidencian que fue muy favorable a sus intereses. En un entorno de incapacidad para afrontar el pago de las obligaciones corrientes y de crisis inmobiliaria completamente desatada, en la que no resultaba posible vender en el mercado los inmuebles, consigue desprenderse de un solar por un valor similar al de adquisición en el momento más álgido del *boom* inmobiliario, incluso algo superior; y también consigue desprenderse de 9 inmuebles ya construidos que la concursada no conseguía vender en el mercado, por un precio que tampoco tenemos razones para pensar que fuera inferior al de tasación de esos inmuebles a efectos de constitución de las hipotecas, esto es, por un valor muy superior al valor real o de mercado de esos inmuebles, tanto en aquel momento como a fecha actual.

Ya desde la perspectiva de septiembre de 2008 es fácil deducir que la operación no era perjudicial para la concursada sino todo lo contrario, muy beneficiosa. Y si se la contempla desde la perspectiva de un año más tarde, esto es, desde la perspectiva del momento de la declaración del concurso, aún es más favorable el juicio: para la concursada fue un buen negocio porque le permitió desprenderse de parte de sus activos a un valor muy superior al que en ese momento hubieran tenido y reducir de forma sustancial su carga financiera. **Quien con toda probabilidad no hizo tan buen negocio fue la entidad financiera** quien, si bien no se vio forzada a llevar a su cuenta de resultados de forma inmediata pérdidas derivadas de los impagos de los créditos por parte de PROB., S.L., esto es, a provisionarlos, lo cierto es que adquirió, en pago de sus créditos, activos tasados con un valor muy superior al de mercado, como el transcurso del tiempo ha evidenciado.

8. Aún es más favorable el juicio a la inexistencia de perjuicio para la masa concursal si se considera que los activos transferidos se encontraban hipotecados a favor de Caixa Penedés y que la concursada había dejado de atender los pagos de las mensualidades de amortización pactadas, de forma que la entidad financiera estaba en disposición de poder realizar los inmuebles por la vía de la ejecución hipotecaria, lo que sin duda hubiera comportado un mayor perjuicio para su patrimonio.

9. Ante ello, el hecho de que en la operación se incluyera el pago de una deuda ajena, esto es, de una deuda de una sociedad distinta, aunque vinculada con la concursada, se estima que no modifica el juicio favorable a la inexistencia de perjuicio, tal y como ha considerado la resolución recurrida.

El hecho de que ese pago haya podido redundar en beneficio de terceras personas (la sociedad matriz y el administrador de la concursada) no constituye tampoco un argumento que permita modificar el juicio sobre la inexistencia de perjuicio desde la perspectiva en la que es posible hacerlo en el ámbito de la concreta acción ejercitada, ni siquiera por el hecho de que la propia concursada tuviera con la entidad financiera otras posiciones deudoras que también pudieran haber sido objeto de amortización. La elección de esa concreta posición, y que la misma pudiera obedecer a un imperativo de Caixa Penedés, tampoco la podemos descartar y puede tener justificación en la confianza de la entidad financiera de que ofreciera mayor solvencia la concursada que su matriz, una sociedad que se afirma que no generaba recursos y no podía atender al pago de sus obligaciones corrientes, entre ellas la cancelada.

10. En suma, compartimos el punto de vista que expresa la resolución recurrida y consideramos que no concurre el perjuicio que pueda justificar la reintegración concursal solicitada.

TERCERO. 11. En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). También coincidimos en este punto con la sentencia de instancia. No es fácil determinar cuándo un determinado acto puede ser objeto de un análisis individualizado y cuando ha de vincularse a un negocio más complejo.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 234/2013, de 4 de Junio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La restitución de los **gastos de rescisión de una garantía hipotecaria** es un efecto implícito en la recíproca restitución de las prestaciones del artículo 73 LC. Ahora bien, esa restitución no se debe llevar a cabo cuando los gastos de constitución de la garantía hipotecaria se hallaban incluidos en el capital prestado, y no salió del patrimonio del deudor hipotecario.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La administración concursal de INF. CAST., S.L., sociedad declarada en concurso por auto de 21 de septiembre de 2010, al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Concursal, interpuso demanda de reintegración de la garantía real acordada con la demandada BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A. (en adelante, BANCO SANTANDER) sobre un inmueble de la concursada sito en Castellar del Vallés, zona industrial Can Carné. En el marco de un acuerdo de refinanciación de deuda propia y de la empresa vinculada FAR., S.A., el 27 de febrero de 2009 ambas partes suscribieron ante la Notario de Sabadell Doña Araceli García Cortés la escritura pública que se acompaña a la demanda como documento número tres, por la que la entidad de crédito entregaba la cantidad de 360.000 euros en concepto de préstamo, a devolver en un plazo de cinco años, constituyendo la concursada hipoteca sobre el referido inmueble.

Mediante el acuerdo de refinanciación, la concursada asumió deuda preexistente de FAR., S.A. por importe de 233.935,76 euros. Otros 101.600,57 euros se destinaron a saldar tres pólizas de crédito. El resto -25.550 euros- se destinó a atender comisiones bancarias, gastos de notaría e impuestos.

La administración concursal consideró en su escrito de demanda que la asunción por la concursada de deuda ajena constituía un acto de disposición a título gratuito del artículo 71.2º de la Ley Concursal. Por su parte, la refinanciación de la deuda de la concursada, por importe de 101.600,57 euros, constituía un acto perjudicial para la masa al sustituir obligaciones preexistentes sin garantías reales en deuda garantizada. Alternativamente, en caso de no apreciarse la gratuidad del primer acto, interesó se acordara la rescisión por haberse constituido una garantía real sobre obligaciones que hasta entonces no estaban garantizadas. Y, en uno y otro caso, solicitó se condenara a BANCO DE SANTANDER al pago de los gastos de constitución, más los intereses devengados de la deuda de la sociedad vinculada.

La concursada se allanó íntegramente a la demanda. BANCO DE SANTANDER, por el contrario, se opuso invocando, con carácter previo, las excepciones de cosa juzgada y falta de litisconsorcio pasivo necesario. En cuanto al fondo del asunto, alegó que en las pólizas suscritas con FAR., S.A., la concursada INF. CAST., S.L. intervino como acreditada o afianzando solidariamente la deuda. Negó, por tanto, la gratuidad del acto y que éste fuera perjudicial para la masa.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia descarta, de entrada, que la operación lo fuera a título gratuito, por cuanto de la propia documentación acompañada con la demanda se desprende que INF. CAST., S.L. era directamente deudora de BANCO DE SANTANDER o que afianzaba las obligaciones de FAR., S.A. de forma solidaria y con renuncia al beneficio de excusión.

Excluida la gratuidad, la sentencia analiza a continuación en su fundamento decimocuarto si el acto es o no perjudicial para la masa, concluyendo que sí lo es dado que el importe del préstamo se destinó de modo casi automático a la cancelación de deudas vencidas o de vencimiento muy cercano. “La concursada –señala la sentencia- no recibió realmente nuevas fuentes de financiación para aplicar a sus gastos ordinarios, sino que la práctica totalidad de lo percibido sirvió para cancelar deudas que, en escenario concursal, tendrían la consideración de ordinarias”. La única ventaja que habría obtenido la concursada es conseguir que una deuda en su mayor parte vencida pasara a ser a largo plazo. Por todo ello acuerda la rescisión de la hipoteca, manda cancelar los asientos registrales y condena a BANCO DE SANTANDER al pago 25.500 euros.

La sentencia es recurrida únicamente por BANCO DE SANTANDER, que limita la impugnación a la condena a la devolución de los 25.550 euros. Alega la recurrente que esa cantidad no salió del patrimonio de la concursada, sino que fue aportada por la propia entidad de crédito.

TERCERO.- El recurso plantea, por tanto, **si como consecuencia de la rescisión de una garantía hipotecaria, la demandada viene obligada a soportar los gastos asociados a su constitución.** Aunque la cuestión suscita serias dudas de derecho, se viene entendiendo que **la restitución de los gastos es un efecto implícito en la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73 de la Ley Concursal) y en la necesidad de restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado. Deben equipararse, a estos efectos, a los frutos e intereses a los que alude el apartado primero de dicho precepto.**

Ahora bien, en el presente caso es un hecho no controvertido que **el capital prestado comprendía la deuda preexistente (335.536,33 euros) y los gastos de constitución (25.550).** Es decir, éstos no salieron directamente del patrimonio de la concursada anterior a la operación de préstamo, sino que se atendieron con el capital prestado. Y, lo que es más relevante, la sentencia de instancia declara, como efecto de la rescisión, que **el BANCO DE SANTANDER pasará a ser acreedor ordinario, no por la totalidad del préstamo (360.000 euros), sino únicamente por la deuda preexistente, excluidos los gastos.** Este pronunciamiento no ha sido impugnado, lo que determina, irremediabilmente, que el recurso deba ser acogido. Al configurar así los efectos de la rescisión, criterio que estimamos razonable, en realidad se viene a reflejar que el préstamo importó la suma refinanciada –que es la que va a figurar en la lista sin el privilegio- y que la entidad de crédito soportó los gastos de constitución. Por todo ello debemos estimar el recurso.

QUINTO.- Conforme a lo dispuestos en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente la condena en costas del recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 17/2014, de 23 de Enero de 2014.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Para poder aplicar la **presunción de perjuicio patrimonial** para la masa del art. 71.2 LC, debe quedar acreditado, con un grado suficiente de probabilidad, el hecho base de la presunción: la existencia de un pago o acto de extinción de la obligación -obligación sin garantía real- cuyo vencimiento sea posterior a la declaración del concurso.

En concreto, debe alcanzarse un grado de certeza aceptable sobre la **simulación del contrato**; la existencia de un préstamo (no una compraventa) que vence después del concurso y que se extingue con la entrega del inmovilizado objeto de la operación.

La dificultad inherente de **prueba de los casos de simulación**, exige que para una acreditación suficiente, los datos aportados no tengan que integrar una prueba plena de los hechos, sino conformar un relato verosímil y venir apoyados en elementos de prueba suficientes. Se considera suficiente la prueba de presunciones, que se configura en torno a un conjunto de indicios, que, en conjunto y en relación con las circunstancias, son

reveladores de la actuación simulatoria.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre prueba de la simulación; STS de 25 de marzo de 2013

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. K.T., S.L.U. y la concursada C.C., S.A.U. apelan contra la sentencia del juzgado mercantil que estima la demanda de rescisión interpuesta por la administración concursal (AC). La rescisión tiene por objeto el contrato suscrito entre C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U., el 3 de octubre de 2011, por el que C.C., S.A.U. vende a la otra parte, por precio de 2 millones de euros, determinada maquinaria que, en el mismo contrato, la compradora arrienda a la vendedora para que C.C., S.A.U. continúe usándola en su planta de producción de Sant Quirze del Vallés.

También la AC de C.C., S.A.U. impugna la sentencia del juzgado, solicitando que se recoja en los fundamentos de la sentencia la existencia de un negocio simulado.

2. En su demanda, la AC había solicitado la rescisión:

- Conforme al artículo 71.2 de la Ley concursal (LC).
- Subsidiariamente, en virtud del artículo 71.3.1º LC.
- Más subsidiariamente, al amparo del artículo 71.7 LC.

3. Para la delimitación de la controversia, conviene comenzar con la relación, clara y sistemática, de hechos probados de la sentencia impugnada, en cuanto a los extremos que no son discutidos por las partes:

1. La concursada, C.C., S.A.U., tiene como objeto social la fabricación y venta de sistemas frigoríficos y unidades condensadoras y la compraventa de compresores frigoríficos, sus componentes y accesorios de cualquier clase. Su sede y centro principal de actividad está en Sant Quirze del Vallés.

2. El accionista único de C.C., S.A.U. es la sociedad C.A.C., Ltd., domiciliada en Londres, administrada por la sociedad mercantil I.C.S.P., Ltd., con domicilio en Singapur. Esta sociedad designó como persona física para la gestión de las tareas de administración a don A.Z.

3. Constan como apoderados de C.C., S.A.U.: don J.M.G. y don M.F.J., quienes, además, son ejecutivos en el organigrama de dirección de C.C., S.A.U..

4. Como consecuencia de la situación económica de C.C., S.A.U., el 19 de septiembre de 2011, la representación de los trabajadores y la dirección de la empresa firman una declaración de intenciones que se inicia con los siguientes antecedentes: *"Dada la delicada situación económica de la Empresa, es necesaria una inyección de dinero que evite la inmediata liquidación de la empresa y que permita la continuidad de las operaciones y consolidar la progresiva recuperación de la misma hasta situarla definitivamente en un resultado positivo, manteniendo el empleo y su calidad, al dotarla, por un lado, de la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades del mercado, y, por otro, adaptar las condiciones laborales al exigente y difícil contexto económico y productivo."*

5. En esa misma declaración de intenciones se plantea la necesidad de *"definir un nuevo marco de relaciones laborales con el objetivo mencionado anteriormente... Ese nuevo marco supondrá, mediante diferentes instrumentos, una reducción de los costes laborales de 6.000.000 de euros"*.

6. En la declaración de intenciones se indica que el plan entrará en vigor *"cuando la empresa haya recibido un total de 4.000.000 €, según el siguiente detalle: Inyección de 2.000.000 € por parte de AIAC o de alguna de sus empresas afiliadas. Inyección de 2.000.000 € por parte de la Generalitat de Catalunya mediante los mecanismos que legalmente están establecidos."*

7. Como fruto de esta declaración de intenciones se plantearon una serie de modificaciones de las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa (sobre 650 trabajadores), vinculadas a un expediente de suspensión de los contratos aprobado por la autoridad laboral el 20 de julio de 2011.

8. Con fecha 3 de octubre de 2011, C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. firman un contrato por el que C.C., S.A.U. vende a K.T., S.L.U. maquinaria que corresponde a una de las líneas principales de producción de C.C., S.A.U. (la maquinaria se identifica con precisión en la sentencia del juzgado), por precio de 2.000.000 euros (IVA incluido). Se mantiene a C.C., S.A.U. en el uso de la maquinaria, en virtud del

arrendamiento a favor de la concursada, que se pacta en el mismo contrato, por un período de 15 años y por precio mensual de 8.333 euros (IVA incluido). En el expositivo previo a las cláusulas del contrato se indica que, ante las necesidades de tesorería de C.C., S.A.U., ésta está interesada en vender y transmitir la propiedad de la maquinaria a K.T., S.L.U. únicamente con la condición de poder continuar en el uso de la misma como parte de su proceso productivo. Por K.T., S.L.U. firma el Sr. A.Z. y por C.C., S.A.U., el Sr. Johnston.

9. El IVA de la compraventa no se incluyó en la declaración de noviembre de 2011 y se hizo una declaración complementaria tras el auto de concurso, el 20 de marzo de 2012.

10. Constan como apoderados de K.T., S.L.U. don Jordi Martínez García, don David Sanclement y don Mark Frederick Johnston.

11. El 7 de octubre de 2011, uno de los ejecutivos de C.C., S.A.U., el Sr. P., remite por vía telemática al Sr. M. y al Sr. S. de K.T., S.L.U. copia del contrato referido.

12. El 16 de noviembre de 2011 (por mero error, la sentencia del juzgado dice 30 de octubre de 2011), C.C., S.A.U. comunicó el inicio de negociaciones y sus efectos sobre el deber de solicitud del concurso (artículo 5 bis LC).

13. El 7 de febrero de 2012, C.C., S.A.U. solicitó la declaración de concurso, que se efectuó el mismo día. La solicitud iba acompañada de una propuesta anticipada de convenio que, finalmente, fue inadmitida por el juzgado ante la evaluación negativa de la AC.

4. En la sentencia impugnada, no se duda de que el contrato objeto de la acción rescisoria se firmara el día 3 de octubre de 2011, ya que así aparece datado; la transferencia del precio se produce en esa fecha y la comunicación entre los contratantes C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. es también de entonces (fundamento de derecho 5.2).

En consecuencia, el Sr. magistrado delimita como objeto del pleito **la determinación de si el contrato de compraventa y arrendamiento de 3 de octubre de 2011 puede ser declarado ineficaz y reintegrada la maquinaria a la masa activa del concurso por considerarse perjudiciales para la masa esos negocios jurídicos. No cuestiona que las máquinas se vendieron para conseguir recursos financieros de modo inmediato y considera cuestiones a resolver si la venta era en realidad una venta y si puede considerarse perjudicial para la masa activa del concurso. Examina, en primer lugar esta segunda cuestión, es decir, si partiendo de la validez y eficacia inicial del acto, ha habido perjuicio patrimonial para la masa.** Tiene en cuenta, en síntesis, los datos siguientes:

- Desde el punto de vista temporal, el acto o negocio jurídico ha tenido lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
- La compraventa se produce en un contexto de necesidad urgente de recursos.
- La venta de maquinaria no forma parte del objeto social y actividad de la concursada. Desde esta perspectiva, la decisión de vender las máquinas debe considerarse excepcional.
- El comprador conoce la situación y compra las máquinas por dos millones de euros (IVA incluido), lo que permite establecer el precio real de venta en poco menos de 1.700.000 euros.
- Las máquinas estaban integradas en el proceso productivo de la concursada, eran esenciales para la actividad de C.C., S.A.U..
- El comprador, conocedor de la situación y de la trascendencia de las máquinas para C.C., S.A.U., decide que la maquinaria no salga de C.C., S.A.U. y que ésta pueda utilizarla a título de arriendo a un precio ajustado a los recursos de C.C., S.A.U.. Vendedora y compradora comparten administrador social, comparten persona física designada para representar al administrador y comparten apoderados (ejecutivos cualificados de C.C., S.A.U. son apoderados de K.T., S.L.U.).

El Sr. magistrado concluye que, **desde una perspectiva no concursal, podría aceptarse que el instrumento elegido de compra y arriendo era un modo de inyectar recursos financieros de modo urgente a C.C., S.A.U., pero que, desde la perspectiva concursal, la operación genera algunas dudas de respuesta complicada:**

- Aunque las máquinas sigan estando en la esfera de uso de C.C., S.A.U., han salido de su patrimonio, lo cual rebaja sensiblemente los activos de la compañía y, con ello, las expectativas de sus acreedores.

o Si las circunstancias del concurso imposibilitaban el pago del arriendo pactado, el arrendador podía acudir al artículo 62 LC, resolver el contrato y recuperar la posesión de las máquinas, frustrando la viabilidad de la compañía que tenía que pasar por el pago del alquiler, cuando menos, durante el concurso.

o El crédito generado por el alquiler era un crédito contra la masa del artículo 84.2.6ª LC, es decir, no sujeto a calificación concursal, con lo que el arrendador eludía el posible debate sobre la naturaleza de la relación entre comprador y vendedor por poder estar integrados en un mismo grupo. Si se hubiera tratado de un préstamo, sería un crédito concursal sujeto a la calificación y a la suerte del concurso: quitas y esperas en caso de convenio, demora en el cobro y dudas sobre la cuota de liquidación si la opción del convenio fracasaba; debate en torno a la relación entre prestamista y prestatario en el marco del artículo 92.5º, en relación con el artículo 93.2.3º LC.

El juez, pese a aceptar la utilidad posible del contrato antes de la declaración de concurso y la correspondencia del precio de venta con un precio de mercado y pese a aceptar que el arriendo de lo comprado podía ser un ejercicio de generosidad a un precio muy bueno para la concursada, considera evidente que, declarado el concurso, el contrato supone un perjuicio en toda regla para la concursada y los acreedores. Por ello estima que no hay necesidad de acudir al juego de presunciones de perjuicio de la LC para considerar que la compraventa de maquinaria de 3 de octubre de 2011 es un acto perjudicial para la masa activa del concurso.

5. Alegación de prejudicialidad

El recurso de apelación de K.T., S.L.U. solicita, en primer lugar, que se estime su solicitud de suspensión del litigio por prejudicialidad civil o, en su defecto, que se decrete la nulidad de actuaciones con retroacción al momento anterior al dictado de la sentencia de este incidente.

Puesto que la demanda de la AC alegaba que las demandadas eran personas especialmente relacionadas (artículo 93.2.3 LC), por su pertenencia al mismo grupo de sociedades, K.T., S.L.U. invocó ante el juzgado el artículo 43 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) y solicitó que se suspendiera este procedimiento hasta la resolución de un incidente concursal anterior. Se trataba de un incidente de impugnación del inventario de bienes y de la lista de acreedores promovido por K.T., S.L.U..

Consideramos como el Sr. magistrado, que **no se daban los requisitos procesales para la suspensión por prejudicialidad**. De todas formas, la cuestión ha perdido ahora su objeto puesto que el incidente de referencia ha sido ya resuelto en segunda instancia por sentencia de este tribunal de 11 de diciembre de 2013, que conceptúa como ordinario, no subordinado, determinado crédito de K.T., S.L.U. contra C.C., S.A.U..

6. Alegación de incongruencia

El segundo motivo de apelación de K.T., S.L.U. y el primer motivo del recurso de apelación de C.C., S.A.U. es el de **incongruencia de la sentencia del juzgado**.

El artículo 216 LEC establece que *"los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes"*. El artículo 218.1.II LEC se refiere a la congruencia de las sentencias: *"el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes"*.

Las apelantes alegan que la sentencia acordó la **reintegración por una causa distinta a las invocadas en la demanda del AC**. El motivo de recurso exige examinar de nuevo las alegaciones de la demanda.

I. En el apartado de hechos, bajo la rúbrica "El contrato de compraventa y arrendamiento es ficticio", el AC relata que el contrato de 3 de octubre de 2011 (objeto de la reintegración) entre C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. es falso y sustituye la realidad de otro negocio jurídico: el cumplimiento del compromiso contraído el 23 de septiembre entre la concursada y la plantilla de trabajadores. En ese documento, la concursada, mediante el grupo de sociedades AIAC, al que pertenecen la propia concursada y K.T., S.L.U., se obligaba a aportar la suma de dos (2) millones de euros para evitar la liquidación de la concursada. Las transferencias efectuadas por K.T., S.L.U. el día 3 de octubre de 2011, por la suma total de dos (2) millones de euros corresponderían a ese compromiso de aportación dineraria. La AC señalaba los hechos más relevantes que, a su juicio, conducían a concluir la ficción del contrato de compraventa y arrendamiento:

La AC alegaba que la realidad de los hechos era distinta de la pretendida por la concursada. La transferencia de dos millones de euros efectuada por K.T., S.L.U. obedecía al cumplimiento del acuerdo entre la concursada y la plantilla de trabajadores. Dicho importe no era suficiente, puesto que las necesidades se habían fijado en cuatro millones, de los cuales la Generalitat debía aportar dos. La Generalitat no habría hecho su aportación porque exigía determinadas condiciones. Ante la falta de recursos y la incertidumbre de las expectativas de futuro, se tomó la decisión de iniciar la vía concursal (artículo 5 bis, antiguo artículo 5.3 LC). Al mismo tiempo, la concursada procuró reintegrar a K.T., S.L.U. la cantidad aportada de dos millones de euros y, para tal fin, se decidió instrumentar un contrato de compraventa en el que, por el mismo importe aportado, la concursada transmitía a K.T., S.L.U. una línea de producción, retrotrayendo la fecha de este contrato a la misma que figura en los documentos probatorios de las transferencias, esto es, el 3 de octubre de 2011. Se manipuló así la realidad de los hechos y de la naturaleza de la aportación de K.T., S.L.U., cuyo administrador único (y persona que lo representa) es el mismo que el de C.C., S.A.U..

7. II. A partir de tales hechos, en el apartado de los fundamentos de derecho de la demanda, se invocaba:

1. El contrato de compraventa y arrendamiento es un acto perjudicial para la masa activa. Aplicación del artículo 71.2 LC. En el momento de la aportación de dos millones por K.T., S.L.U. no se definió su naturaleza, si era una aportación a los fondos propios de la concursada o se trataba de un préstamo para financiar la actividad. Aunque tuviera la naturaleza de un préstamo, no se preveía su reintegro inmediato, sino a largo plazo, porque la financiación se concedía para ejecutar el plan de viabilidad de la concursada, como se desprende del documento de 23 de septiembre de 2011. La falta de aportación de dos millones de euros por la Generalitat de Catalunya impidió la puesta en marcha del plan de viabilidad y abocó a la declaración de concurso. La incertidumbre sobre el futuro de la concursada hacía dudosa la devolución de la aportación a K.T., S.L.U., cuyo crédito –afirmaba el AC- tendría la calificación de subordinado, por ser persona especialmente relacionada con la concursada (artículo 93.2 LC). Para evitar esos efectos, se instrumentó el contrato de compraventa que, aun con fecha de 3 de octubre de 2011, fue confeccionado y suscrito después. Se extinguía así, anticipadamente, la obligación. **El artículo 71.2 LC presume *iusuris et de iure* el perjuicio para la masa activa, sin admitir prueba en contrario, de los actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración de concurso. Éste sería el caso, a criterio de la AC: el crédito de K.T., S.L.U., con vencimiento a largo plazo, posterior a la declaración de concurso, cuya naturaleza quiere modificarse mediante el ardid del contrato de compraventa y arrendamiento.**

2. Subsidiariamente, se invocaba el artículo 71.3.1º LC, por ser K.T., S.L.U. persona especialmente vinculada a C.C., S.A.U., ya que, según la AC, pertenece al mismo grupo de sociedades.

3. Subsidiariamente, se alegaba el artículo 71.7 LC, por ser ilícita la causa del contrato.

8. La sentencia del juzgado no analiza esos concretos fundamentos de hecho y de derecho. El juez se centra en la cláusula general del artículo 71.1 LC y aplica el artículo 71.4 LC.

Tiene razón el Sr. magistrado cuando afirma que **la finalidad de las presunciones legales es favorecer a la parte demandante en las cargas probatorias**. Es cierto que con base en el artículo 71.1 (acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso) y la aplicación –explícita o no- del artículo 71.4 LC (cuando se trate de actos no comprendidos en las presunciones legales, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria) puede estimarse una pretensión de rescisión, sin necesidad de acudir a presunciones.

También es cierto, como expone el juez, que **las compañías demandadas no solo niegan que se den las presunciones invocadas por la AC (no solo atacan el juego de presunciones), sino que atacan la base misma de la acción de reintegración, es decir, niegan la existencia de perjuicio para la masa activa**. Sin embargo, esa negación por las demandadas se hace en un contexto específico, delimitado por la demanda de la AC. Aunque la valoración del perjuicio corresponde al juez y no puede descartarse, en todo caso, que éste prescinda de las presunciones porque aprecie directamente la existencia del perjuicio, la aportación de los hechos sigue siendo carga de la parte demandante.

La sentencia habría transitado por el camino de la prueba del perjuicio para la masa –habitualmente más largo y complejo, aunque, en este caso, las demandadas reprochen a la resolución la ausencia de motivación sobre la realidad del perjuicio apreciado-, en lugar de acudir al atajo de las presunciones.

Es dudoso que con ese proceder, en el asunto de autos, en que los términos de la controversia quedaron planteados en la forma que se ha expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, el juez se haya separado realmente de la causa de pedir.

9. La AC, como en cualquier acción de reintegración, invocaba el artículo 71 de la LC, sostenía que el negocio cuestionado –el contrato de compraventa y arrendamiento- era un acto perjudicial para la masa activa realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y solicitaba la rescisión.

Pero dentro de ese marco genérico, la AC delimitaba con precisión el porqué del perjuicio para la masa: la compraventa era un acto simulado, ficticio, que encubría una dación en pago mediante la cual se extinguía la obligación de C.C., S.A.U. con K.T., S.L.U. cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. Por ello, invocaba el artículo 71.2 LC, que tipificaba esa actuación de extinción anticipada de la obligación y la presumía en todo caso (*iuris et de iure*) perjudicial para la masa.

En la demanda se alegaba, con claridad, que la entrega de dos millones de euros por K.T., S.L.U. a C.C., S.A.U. no fue el precio del pretendido contrato de compraventa y arrendamiento (contrato que la AC considera simulado), sino una entrega como préstamo a largo plazo –o similar- efectuada el 3 de octubre de 2011; la redacción del contrato de compraventa habría sido posterior, con la finalidad de incorporar al patrimonio de K.T., S.L.U. maquinaria por el importe de la suma anteriormente entregada a C.C., S.A.U..

Con carácter subsidiario, se sostenía que se trataba de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con la concursada y, por tanto, le era aplicable la presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contra) de perjuicio para la masa (artículo 71.3.1º LC). Finalmente, también con carácter subsidiario, se alegaba que era un contrato con causa ilícita (artículo 71.7 LC).

Fueron ésos los hechos sobre los cuales versó el litigio y, por tanto, la defensa de las demandadas.

El principio de aportación -con arreglo al cual, corresponde al demandante alegar los hechos concretos reveladores del perjuicio para la masa- forma parte del principio dispositivo que, con el de congruencia, exigen que la valoración del juez recaiga sobre los hechos alegados en la demanda. La propia AC, en su recurso de apelación, aunque solicita que se confirme el fallo de la sentencia, impugna la resolución del juzgado por haber “omitido un elemento sustancial y definitorio de los hechos determinantes de la acción rescisoria”: la simulación de contrato, en los términos alegados en la demanda.

10. Estimamos procedente, por tanto, **enjuiciar de nuevo la reintegración instada, conforme a los concretos fundamentos de hecho y de derecho alegados en la demanda y, en primer lugar, en aplicación del artículo 71.2 LC.**

La tesis principal de la AC ya se ha expuesto. Se asentaba en el carácter ficticio del contrato de compraventa y arrendamiento, que encubriría una dación en pago integrante de un acto extintivo de una obligación con vencimiento posterior al concurso. El contrato de 3 de octubre de 2011 entre C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U., con entrega por K.T., S.L.U. de 2 millones de euros, no habría sido, en realidad, la compraventa con *lease back* que se aparenta celebrada, sino un préstamo a favor de C.C., S.A.U.. Posteriormente, constatada la situación inevitable de concurso de C.C., S.A.U., ambas demandadas, integrantes del mismo grupo empresarial, habrían simulado el contrato de compraventa y arrendamiento, con el fin de reintegrar a K.T., S.L.U. la suma aportada, mediante la transmisión de la maquinaria propiedad de C.C., S.A.U.. Con este contrato simulado, artificialmente antedatado a la fecha de la aportación dineraria de K.T., S.L.U. (3 de octubre de 2011), las demandadas habrían alterado la naturaleza de la entrega de los 2 millones de euros: ya no obedecería a un préstamo o similar, sino al precio de la compraventa. Las máquinas integrantes de la línea de producción de C.C., S.A.U. se transmitirían a K.T., S.L.U. y, por este procedimiento, se extinguía anticipadamente la obligación de C.C., S.A.U. frente a K.T., S.L.U., cuyo vencimiento era posterior al concurso. Se pedía que se actuara el artículo 71.2, la presunción *iuris et de iure* de perjuicio a la masa.

Las demandadas negaron los hechos alegados por la AC. No habría existido simulación alguna. El contrato efectivamente celebrado el 3 de octubre de 2011 habría sido el de *sale and lease back*, “contrato de compraventa y arrendamiento de maquinaria” que resulta de la lectura del propio contrato aportado a los autos, por copia, como documento número 4 de la demanda. Esta misma tesis sostienen C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. en la segunda instancia, con el apoyo añadido de la sentencia del juzgado mercantil que no

cuestiona la naturaleza de compraventa y arrendamiento del contrato celebrado entre las demandadas el 3 de octubre de 2011.

11. Para estimar la demanda con base en el artículo 71.2 LC, no basta, desde luego, que la versión sostenida por la AC sea verosímil. Debe quedar acreditado, con un grado suficiente de probabilidad, el hecho base de la presunción, es decir, la existencia de un pago o acto de extinción de la obligación –obligación sin garantía real- cuyo vencimiento era posterior a la declaración del concurso. En el caso que nos ocupa, debe alcanzarse un grado de certeza aceptable sobre la simulación del contrato alegada por la AC, es decir, la existencia de un préstamo (no una compraventa) que vencía después del concurso y que se extinguió con la entrega de la maquinaria.

No se discute que, el 3 de octubre de 2011, K.T., S.L.U. entregó efectivamente a C.C., S.A.U. la suma de dos millones de euros, mediante dos transferencias (de 1.900.000 euros y 100.000 euros) en la cuenta de C.C., S.A.U. en Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., de Sabadell (documentos a los folios 94 y 95 de las actuaciones).

Son varios los hechos en que la demanda de la AC fundamentaba la conclusión del carácter simulado del contrato de compraventa y arrendamiento. Se examinan a continuación.

12. I) Por un lado, se invocaban algunos antecedentes que se consideraban relevantes y, en especial, el pacto contraído el 23 de septiembre de 2011 entre la concursada y la plantilla de trabajadores, por el cual se pretendía definir un nuevo marco de relaciones laborales (documento número 3 de la demanda).

El documento se iniciaba (I) con una referencia a la delicada situación económica de C.C., S.A.U. y a la necesidad de una inyección de dinero que evitara su inmediata liquidación, permitiera la continuidad de las operaciones y su progresiva recuperación “hasta situarla definitivamente en un resultado positivo, manteniendo el empleo y su calidad”. El expositivo II decía que, para alcanzar y consolidar ese objetivo era necesario, entre otras cosas, junto con la inyección de dinero señalada, disponer de condiciones laborales acordes con el exigente y difícil contexto económico y productivo, de tal modo que se mejorara la competitividad de la empresa. El nuevo marco habría de suponer una reducción de los costes laborales de 6.000.000 euros (III) y solo entraría en vigor (IV) cuando la empresa hubiese recibido un total de 4.000.000 euros, según el detalle siguiente: 1) inyección de 2.000.000 euros por parte de AIAC (el grupo de sociedades al que pertenecía C.C., S.A.U.) o de algunas de sus empresas afiliadas y 2) Inyección de 2.000.000 euros por parte de la Generalitat de Catalunya mediante los mecanismos legalmente establecidos.

Según la AC, las transferencias efectuadas por K.T., S.L.U. el día 3 de octubre de 2011, por la suma total de dos millones de euros corresponderían a ese compromiso de aportación dineraria. La falta de aportación de dos millones de euros por la Generalitat de Catalunya habría impedido la puesta en marcha del plan de viabilidad y habría abocado a la declaración de concurso (en primer lugar, por la vía del artículo 5 bis, antiguo artículo 5.3 LC). La incertidumbre sobre el futuro de la concursada hacía dudosa la devolución de la aportación a K.T., S.L.U., cuyo crédito tendría la calificación de subordinado, por ser persona especialmente relacionada con la concursada (artículo 93.2 LC) –siempre según la AC.

La contestación a la demanda por parte de C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. fue coincidente en este punto. Ambas alegaron que K.T., S.L.U. no había tenido intervención alguna en el pacto entre C.C., S.A.U. y su plantilla de trabajadores y que ni siquiera constaba que tal pacto hubiera entrado en vigor, habida cuenta lo dispuesto en su cláusula décima (el acuerdo debía ser refrendado en asamblea y su entrada en vigor se condicionaba al cumplimiento de lo establecido en el antecedente IV) y en su antecedente IV (el marco laboral solo entraría en vigor cuando la empresa hubiese recibido los 4.000.000 euros antes referidos).

13. C.C., S.A.U. alegó que el pacto con los trabajadores no acredita la tesis de la AC de que K.T., S.L.U. realizó la transferencia de 2 millones como aportación reintegrable a largo plazo. Es cierto que el acuerdo por sí solo no conduce a esa conclusión, pero su existencia y su contenido –que no se cuestionan- ayudan a describir el contexto preciso en el que K.T., S.L.U., el día 3 de octubre de 2011, hizo las dos transferencias por importe global de 2 millones de euros. Pocos días antes, el 23 de septiembre de 2011, C.C., S.A.U. había asumido expresamente ante sus trabajadores un plan por el que el grupo empresarial AIAC (al que pertenece, según se desprende del propio contrato, se trate o no de

grupo de sociedades en sentido estricto) o alguno de sus miembros aportaría esa misma suma de 2 millones de euros –no una suma distinta.

En el pacto de 23 de septiembre de 2011, no se definió la naturaleza de la aportación de 2 millones prevista a cargo del grupo o de alguna de sus empresas y si se trataba de una aportación a los fondos propios de la concursada o de un préstamo para financiar la actividad. En cualquier caso, no se configuraba como precio de una adquisición de bienes de C.C., S.A.U. y, menos todavía, de maquinaria que integrara la línea de producción de la sociedad, lo que resultaría contradictorio con los objetivos expuestos en los antecedentes del acuerdo. Por otra parte, como alega la AC, aunque tuviera la naturaleza de un préstamo, no se preveía su reintegro inmediato, sino a largo plazo, porque la financiación se concedía para ejecutar el plan de viabilidad de la concursada, tal como se desprende del documento de 23 de septiembre de 2011.

Tanto C.C., S.A.U. como K.T., S.L.U., en sus respectivos escritos de contestación, negaban que tuviera sentido que K.T., S.L.U. –que comparte el mismo administrador de C.C., S.A.U. y conocía, por tanto, la situación crítica de ésta- accediera a hacer, en octubre de 2011, una aportación de 2 millones de euros como préstamo a devolver a largo plazo para, mes y medio después, vestir de compraventa una dación en pago anticipado de dicho préstamo.

Ignoramos las intenciones de las partes y su evolución en ese breve espacio de tiempo, pero la explicación contenida en la demanda de la AC, sea o no exacta, no parece ilógica. Además de la aportación del grupo AIAC, en el acuerdo de 23 de septiembre de 2011 se preveía una aportación de la Generalitat de Catalunya por otros 2 millones de pesetas. Esa aportación no llegó a hacerse (así lo reconocen actora y demandada). La suma aportada por K.T., S.L.U. fue insuficiente, puesto que las necesidades se habían fijado en cuatro millones, y C.C., S.A.U. se vio abocada al concurso. El 16 de noviembre de 2011, C.C., S.A.U. comunicó el inicio de negociaciones preconcursales (artículo 5 bis LC). Según la AC, sería en esas fechas cuando se habría redactado el contrato de compraventa para transmutar la naturaleza del crédito de K.T., S.L.U..

14. II) La demanda de autos observaba también que en el contrato cuestionado se fijó como precio de la compraventa la suma de 2 millones de euros, IVA incluido. La AC señalaba que, a diferencia de las ventas en las tiendas minoristas a los consumidores finales, en las compraventas entre empresas no se expresa una cantidad única consistente en la suma de precio e IVA. La única explicación en el caso sería la dificultad de justificar un precio de venta de 1.694.915,25 euros (el resultante deducido el IVA) que, unido al IVA, permitiría cuadrar la cifra final pretendida de 2 millones de euros.

En su contestación a la demanda, ni C.C., S.A.U. ni K.T., S.L.U. facilitan una explicación razonable sobre el particular. Ambas demandadas parecen eludirla cuando insisten en el hecho de que el precio de la venta era el precio de mercado de la maquinaria. Así lo han admitido la AC y el juzgado mercantil, pero la cuestión que ahora se examina no es ésta, sino la extraña cifra establecida como precio (1.694.915,25 euros, según el documento 2 de C.C., S.A.U. y el documento 1 de K.T., S.L.U.; el Anexo 4 del contrato de compraventa establece un precio de 1.694.915 euros, sin céntimos, resultante de la suma de cuatro importes sin céntimos tampoco, documento 4 de la demanda) y lo inusual de incluir el IVA (305.084,75 euros) al cuantificar el precio de la operación. En la valoración de estos datos, no puede dejarse a un lado la coincidencia exacta del precio de venta (IVA incluido) con la suma de 2 millones de euros pactada en el acuerdo referido de 23 de septiembre de 2011.

Tanto C.C., S.A.U. como K.T., S.L.U. sostuvieron que si las demandadas, con el contrato de compraventa y arrendamiento, hubieran querido extinguir anticipadamente un crédito de K.T., S.L.U., lo lógico y sencillo hubiera sido fijar un precio distinto al de la supuesta aportación de 2 millones y no precisamente el que consta transferido. No comprendemos el argumento –ni lo desarrollan las demandadas. Si, como defiende la AC, se pretendía que K.T., S.L.U. recuperara –en lo posible- los 2 millones de euros entregados el 3 de octubre de 2011 y, para ello, se modificaba el concepto por el que se entregó aquella suma, resultaba forzosa hacer coincidir la cuantía dineraria. No cabía fijar un precio de 1 millón o de 3 millones de euros, por ejemplo, discordante con las transferencias bancarias de K.T., S.L.U. a C.C., S.A.U. de 2 millones de euros exactamente.

15. III) Según la AC, si fuera cierto que el 3 de octubre de 2011 hubiera tenido lugar la compraventa, el IVA devengado por la operación debería constar en las declaraciones del IVA presentadas por la

concurada el 20 de noviembre de 2011. Ni en esa declaración ni en las de los meses siguientes aparece como IVA repercutido la suma de 305.084,75 euros correspondientes a la compraventa.

C.C., S.A.U. admite que fue con posterioridad a la declaración de concurso, en marzo de 2012, cuando efectuó la liquidación complementaria de, IVA correspondiente a la compraventa. Lo justifica por la voluntad de mantener el máximo de tesorería posible para la compañía, dadas sus circunstancias.

16. **IV)** La demanda también alegaba que, en el detalle facilitado por la concursada de la cuenta mayor que ésta mantiene con K.T., S.L.U., el apunte contable del ingreso por transferencias de K.T., S.L.U. es de octubre de 2011, mientras que la compraventa no se contabiliza hasta el siguiente mes de noviembre. C.C., S.A.U. lo explica afirmando que la transferencia de los 2 millones se contabiliza en octubre de 2011 como "Pago S & LB (Sale & Lease Back) recibido" mientras que el apunte contable de la realización del activo transmitido se realiza a comienzos de noviembre, "Venta S & LB" debido a la necesidad de comprobar y localizar cada uno de los elementos de la maquinaria realizada.

Según C.C., S.A.U., su libro contable informático no permite la manipulación de la fecha en que se introduce un apunte contable en el sistema. En el caso de que no pudiera modificarse tampoco el título del apunte, es cierto que, como afirma la concursada, la referencia "S & LB" ya en el mes de octubre de 2011 se valoraría como indicativa de que ya entonces había existido la venta con arrendamiento. Sin embargo, **no hay prueba alguna –ni siquiera alegación– de que no pueda modificarse no ya la fecha, sino el título del apunte, y no parece razonable partir de la imposibilidad de corregir esas menciones, ante un posible error, por ejemplo.**

En cualquier caso, a la vista del extracto de la cuenta, pierde interés probatorio este dato invocado por la AC.

17. **V)** No podemos valorar las pruebas a las que se refiere el recurso de apelación de la AC, consistentes en documentos que no se aportaron a los autos en tiempo hábil. Este tribunal, que inicialmente denegó su admisión por considerar que no se daba ninguno de los supuestos excepcionales de ampliación del material probatorio en la segunda instancia, dictó más tarde una resolución en que admitía los documentos como diligencias finales, por considerar que no era atribuible a la AC el acceso tardío a esa documentación.

Sin embargo, los razonamientos de las demandadas en sendos recursos de reposición contra la resolución sobre las diligencias finales, nos llevaron a concluir que **los documentos que pretendían incorporarse extemporáneamente al debate sí hubieran estado al alcance de la AC, de haber actuado con la diligencia exigible, y, por otra parte, que la entidad que los había hecho llegar a la AC no era un tercero sin interés en este litigio.** Por ello, se estimaron los recursos de reposición de C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U. y la documentación referida no se ha unido a las actuaciones.

En consecuencia, **los datos en que se apoya el relato de hechos de la demanda son los expuestos en los fundamentos de derecho anteriores.**

18. Aunque esos datos no integran una prueba plena de los hechos, son suficientes, a nuestro juicio, en el contexto de estos autos, para acreditar la simulación invocada en la demanda. Consideramos que el relato de la parte demandante no solo es verosímil –lo que ya hemos anticipado que no bastaría– sino que viene apoyado en elementos de prueba suficientes para aceptarlo en este juicio.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta las **dificultades probatorias inherentes, por lo común, a los casos de simulación.** La AC invoca la doctrina jurisprudencial sobre la materia que tiene en cuenta sistemáticamente *"las normales dificultades de demostrar la simulación, dado el empeño de los propios contratantes en no dejar vestigios de ella"* (STS de 30 de abril de 2013). *"Por ello, la doctrina de esta Sala, admite como suficiente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria. Y en tal orden se han tomado en cuenta entre otros aspectos fácticos la existencia de "causa simulandi" (tratar de sustraer el bien a una ejecución), relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación; precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente,*

etc." (Sentencias, entre otras, de 29 diciembre de 2000, 25 de septiembre de 2003 y 11 de febrero de 2005).

La STS de 25 de marzo de 2013 declara que *"la prueba de la simulación -que no es más que la creación artificiosa de apariencia negocial para ocultar una realidad que la contradice y que presupone un acuerdo para simular de las dos partes o "consilium simulationis"- ofrece dificultades, normalmente, como consecuencia de que rara vez se presenta con una prueba directa de su existencia. Por esa razón, la jurisprudencia ha destacado la utilidad de las presunciones para descubrirla en su escondite -sentencias de 23 septiembre 1989, 28 febrero 1991, 1088/2008, de 12 de noviembre, y 4/2013, de 16 de enero, y las que en ellas se citan" (FJ 12),*

19. Analizados ya individualmente los elementos fácticos del caso, procede ahora una valoración conjunta que conjugue los datos resultantes, relativos los primeros al contexto de la operación cuestionada y los últimos a la operación en sí misma:

– El plan de actuación pactado con la plantilla de C.C., S.A.U. el 23 de septiembre de 2011 conforme al cual una empresa del grupo debía inyectar a C.C., S.A.U. 2 millones de euros, acuerdo que, aunque no llegara a entrar en vigor, es útil, sin duda, como hoja de ruta.

– El ingreso efectuado por K.T., S.L.U., pocos días después (3 de octubre de 2011), de exactamente 2 millones de euros en la cuenta de C.C., S.A.U., sin otra indicación, en el apartado observaciones, que el de "transferencia K.T., S.L.U. Technologi".

– La falta de ingreso de los 2 millones de euros que, según el acuerdo de 23 de septiembre de 2011, debía aportar la Generalitat de Catalunya; la insuficiencia de la cantidad inyectada por K.T., S.L.U. y la inminencia de la solicitud de precurso de C.C., S.A.U., que tuvo lugar el 16 de noviembre de 2011.

– La relación entre quienes firmaron como vendedora y compradora (así como arrendataria y arrendadora), C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U., que, sin pertenecer al mismo grupo de sociedades, en el sentido del artículo 42.1 del Código de comercio -como hemos entendido en la reciente sentencia de este tribunal, de 11 de diciembre de 2013-, integran, en sentido amplio, el grupo (AIAC), al cual hace mención C.C., S.A.U. en el acuerdo que firma con los trabajadores de la empresa en septiembre de 2011, y comparten un mismo administrador.

– El carácter privado del contrato de compraventa y arrendamiento entre C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U., cuya fecha (3 de octubre de 2011), por tanto, no es eficaz frente a terceros, conforme al artículo 1227 del Código civil. El contrato no se elevó a público, no accedió a ningún registro ni consta ninguna referencia fehaciente a él, anterior a la declaración de concurso.

– El anómalo retraso en la liquidación del IVA de la compraventa.

– El hecho de que la venta de máquinas no constituya el objeto social ni la actividad de C.C., S.A.U., que convierte en excepcional la compraventa de la maquinaria integrada en su proceso productivo, esencial para la continuación de su actividad, y explica el pacto simultáneo de arrendamiento de la maquinaria a la vendedora.

– El extraño precio pactado para la compraventa (1.694.915,25 euros); la inusual cuantificación del precio de la operación incluyendo el IVA, que arroja como cifra final la de 2 millones de euros; todo ello sin ninguna explicación plausible de parte de las demandadas contratantes.

– La coincidencia exacta del precio de la venta (IVA incluido) con la suma que, según el acuerdo de 23 de septiembre de 2011, debía inyectar una empresa del grupo AIAC.

Los anteriores elementos, considerados aisladamente, pueden parecer poco significativos, pero, vistos en conjunto, muestran un cuadro que presta a la tesis de la AC un grado de fundamentación y credibilidad suficiente. Se cumplen, a nuestro juicio, los estándares probatorios exigibles para considerar que, tal como sostiene la demandante, el contrato de compraventa y de arrendamiento de maquinaria entre las demandadas fue simulado y tuvo como finalidad alterar el concepto en que K.T., S.L.U. había entregado a C.C., S.A.U. la suma 2 millones de euros, el 3 de octubre de 2011, mediante las transferencias bancarias. **Lo que sería un préstamo de difícil recobro, atendida la situación de insolvencia de C.C., S.A.U., se convertía en una adquisición de bienes de presente, que se rentabilizaban con el arrendamiento simultáneo a su anterior propietaria.**

Conviene aclarar, máxime teniendo en cuenta los avatares de la admisión e inadmisión de documentos en esta segunda instancia, que nuestra conclusión sobre los hechos del caso no se asienta en

convicciones íntimas, intuiciones o impresiones subjetivas no comunicables, sino que se fundamenta en el material probatorio ya descrito, que forma parte de las actuaciones del juicio y cuya valoración - individualizada, primero, y conjunta, después- hemos expuesto. A la vista de las pruebas disponibles, consideramos razonable tener por acreditados (probables más allá de la duda) los enunciados fácticos sostenidos al respecto en la demanda.

20. El primero de los enunciados es, como se ha dicho, la simulación del contrato alegada por la AC, es decir, la existencia de un préstamo (no una compraventa). La parte demandada recuerda que, a los efectos del artículo 71.2 LC, debe probarse también que el préstamo (o la aportación, en general) vencía después de la declaración de concurso y que se extinguió antes.

La prueba del vencimiento del préstamo es ciertamente difícil en un contexto de simulación. De nuevo debe traerse a colación el empeño, lógico, de los contratantes por mantener oculta la dinámica real de los hechos. Debe actuarse, por tanto, el artículo 217.7 LEC, conforme al cual, para la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Esa disponibilidad probatoria favorecía a las demandadas, que no han aportado ninguna acreditación al respecto.

Por otra parte, del acuerdo de 23 de septiembre de 2011 entre C.C., S.A.U. y la plantilla de trabajadores resulta la necesidad de una inyección inmediata de 4 millones de euros, 2 de los cuales corresponderían, según hemos concluido, a la aportación de K.T., S.L.U.. No hay razón alguna para concluir que la aportación de 3 de octubre de 2011 –fecha indiscutida de las transferencias de K.T., S.L.U.- tuviera que devolverse por C.C., S.A.U. antes de 7 de febrero de 2012, fecha de la declaración del concurso, o antes del 16 de noviembre de 2011, fecha de la comunicación de las negociaciones del artículo 5 bis LC. Bien al contrario, la finalidad de las aportaciones que se desprende del acuerdo de septiembre de 2011 (*inyección de dinero que permita la continuidad de las operaciones y consolidar la progresiva recuperación de la misma, hasta situarla definitivamente en un resultado positivo*) implica necesariamente su devolución a largo plazo.

21. El acto de extinción de la obligación antes de la declaración de concurso es, en cambio, fácil de apreciar en el caso. Como ha alegado la AC, se instrumentó para ello el contrato de compraventa, en el que, por el mismo importe ya aportado, la concursada transmitía a K.T., S.L.U. una línea de producción, retrotrayendo la fecha de este contrato a la que figura en los documentos probatorios de las transferencias, esto es, el 3 de octubre de 2011.

22. Concurren, por tanto, los presupuestos para la aplicación del artículo 71.2 LC, con arreglo al cual, el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. En consecuencia, se considera procedente la estimación de la demanda de la AC con base en este precepto, lo cual hace innecesario examinar los restantes preceptos invocados (artículo 71.3.1º y 71.7 LC).

Por tanto, debe confirmarse el pronunciamiento de la sentencia del juzgado mercantil que estima la demanda de reintegración y rescinde el contrato de compraventa y arrendamiento suscrito entre C.C., S.A.U. y K.T., S.L.U., con fecha 3 de octubre de 2011, y que ordena reintegrar a la masa activa de la concursada la maquinaria vendida.

23. El artículo 73.1 LC establece que “la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”.

La sentencia del juzgado establece, como efecto de la rescisión del contrato, la ineficacia de la compraventa y del arrendamiento de la maquinaria. Los bienes vuelven a ser de titularidad dominical de la concursada. Como contrapartida, el Sr. magistrado establece que K.T., S.L.U. sea restituida en el precio pagado (1.694.915,25 euros). La sentencia impugnada aplica el artículo 73.3 LC (“el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare

mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado") y aprecia la mala fe de K.T., S.L.U., por lo cual, reconoce a la acreedora un crédito subordinado por el importe del precio pagado.

En el recurso de apelación de K.T., S.L.U. –y, extrañamente, también en el de la concursada C.C., S.A.U., que defiende así los intereses de su acreedora- se impugna la declaración de mala fe contenida en la sentencia. No examinaremos esos motivos de apelación, entre ellos el de infracción del principio de rogación, ya que los hechos concretos en que se funda esta sentencia de apelación determinan que la cuestión se plantee en términos distintos a la primera instancia.

Como se ha expuesto, a diferencia de este tribunal, el juez mercantil consideró acreditada la realidad del contrato de compraventa y arrendamiento entre las demandadas. La rescisión de la compraventa determinaba el derecho del comprador al precio pagado, conforme al artículo 73.3 LC. En nuestro caso, la consideración de la compraventa como simulada produce el efecto de tenerla como inexistente y de que aflore el contrato de préstamo que se considera realmente celebrado el 3 de octubre de 2011. Por tanto, como consecuencia de la rescisión no resulta ningún derecho a prestación a favor de K.T., S.L.U.. **Su crédito continúa teniendo la naturaleza que tenía, puesto que en la demanda, al invocar como causa de pedir principal la del artículo 72.1 LC –que hemos estimado-, no se alegó ninguna razón jurídica que fundamente un cambio de clasificación. Por este motivo, se acoge, en parte, la impugnación del carácter subordinado del crédito formulada por las demandadas.** Se debe reconocer a K.T., S.L.U. un crédito ordinario de 2.000.000.- de euros, en sustitución de los que tiene reconocidos por una cuantía inferior con base en el negocio jurídico objeto de este juicio.

24. Estimados, en parte, los recursos de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 LEC).

Estimada la demanda de la AC, las costas de la primera instancia deben imponerse a las demandadas (artículo 394.1 LEC).

Capítulo 5.- Masa activa.

Bienes, derechos, *separatio* y compensación.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 340/2012, de 17 de Octubre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La inclusión de un bien o derecho en el **inventario** no implica necesariamente un pronunciamiento declarativo definitivo del derecho del concursado sobre aquél.

La inclusión de las participaciones en el inventario de bienes y derechos por un impago de un acreedor, no es válida cuando existe una **clausula suspensiva** que limita la eficacia de la transmisión del bien, al pago de unos pagarés; y se da el pago efectivo de los pagarés, cumpliendo la condición suspensiva.

Además, en este caso, se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento (1119 CC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En este procedimiento incidental, la acreedora O.M., S.L. impugnó el inventario de bienes y derechos formulado por la administración concursal (AC) de CO., S.A. En concreto, O.M., S.L. solicitó del juzgado mercantil la exclusión del inventario de la partida que la AC denomina "acciones de O.M., S.L., S. L.", por un valor estimado de 532.456 euros. La demandante incidental alegaba que las participaciones que CO., S.A. había ostentado en O.M., S.L. fueron adquiridas después por la actora mediante escritura pública de compraventa otorgada ante el notario de Barcelona don Javier Martínez Lehmann, el 27 de mayo de 2010. Aportaba copia de la escritura.

La AC, en su contestación a la demanda, se opuso a la petición de O.M., S.L. Alegó que la inclusión de las participaciones en el inventario de bienes y derechos de la concursada obedecía a la condición

suspensiva, incumplida, prevista en el contrato de compraventa de participaciones sociales. En el mismo sentido se manifestó la concursada.

La sentencia del juzgado desestimó la demanda. El Sr. magistrado expuso que no había comprendido completamente la posición de la actora y los términos del contrato, pero que, en cualquier caso, estaba acreditado el incumplimiento de la condición suspensiva pactada y, por tanto, no se había transferido a la actora la propiedad de las participaciones de O.M., S.L., las cuales, en consecuencia, debían incluirse en el inventario de la concursada. Contra la sentencia apela O.M., S.L.

2. Conviene recordar, como hemos hecho en ocasiones anteriores (entre otras, sentencias de 16 de julio de 2009, 28 de julio de 2010 o 28 de abril de 2011), que **la inclusión de un bien o derecho en el inventario no implica necesariamente un pronunciamiento declarativo definitivo del derecho del concursado sobre aquél, ya que el inventario no cumple la función de determinar con exactitud la masa activa, sino la de informar a los acreedores sobre el patrimonio del deudor común, a efectos de un posible convenio, o de orientar sobre el resultado de la liquidación de su patrimonio.**

Sentado lo anterior, comenzaremos el examen de la impugnación de inventario formulada estableciendo algunos hechos relevantes no discutidos, que se centran en la escritura pública de compraventa de 27 de mayo de 2010, invocada por todos los litigantes, de la cual se aporta a los autos copia (documento 1 de la demanda incidental).

En la escritura intervinieron, de una parte, como compradora, O.M., S.L., y de otra parte, como vendedoras, CO., S.A. y la tercera entidad M.T., S.L., estas dos últimas bajo la representación de su administrador único don Eugenio Enrique Tirado Rodríguez. Se expuso que CO., S.A. era dueña de 88.594 participaciones de O.M., S.L.; que M.T., S.L. era titular de 86.406 participaciones de la misma sociedad, de un valor nominal de 6,01 euros cada una, y que O.M., S.L. había acordado en junta general universal del día anterior, 26 de mayo de 2010, adquirir esas participaciones propias, de conformidad con lo previsto en el artículo 40.1.b de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL) –en realidad, el acuerdo social incorporado al documento notarial invocaba el artículo 40.1.d LSRL.

Se hizo constar en la escritura (cláusulas 1ª y 2ª) que:

- M.T., S.L. vendía y transfería sus participaciones a O.M., S.L., que las compraba y adquiría, por precio de 532.449,94 euros.
- M.T., S.L. manifestaba haber recibido ya la suma de 480.549,94 euros, mediante transferencia bancaria cuyos datos se indicaban.
- El resto del precio, 51.900 euros, quedaba aplazado y debía abonarse en el plazo máximo de siete días.

Las mismas estipulaciones se pactaron entre O.M., S.L. y M.T., S.L., aunque con un precio global de las participaciones de 519.300,06 euros y un pago ya efectuado de 467.400,06 euros (cláusulas 3ª y 4ª).

La cláusula 5ª decía literalmente: *"las partes vendedoras se comprometen y se obligan a destinar en el plazo máximo que finaliza el día 28 de mayo de 2010 el indicado importe de la presente compraventa al pago de los pagarés que figuran relacionado[s] en un anexo que me entregan y que firmado por las partes dejo unido a la presente matriz."*

La cláusula 6ª, "Cláusula suspensiva", reza así: *"la eficacia de la presente transmisión queda supeditada al pago de los referidos pagarés, en consecuencia, en el momento en que se produzca dicho pago, la presente transmisión quedará firme e irrevocable y con efectos del día de hoy"*.

3. O.M., S.L. enmarca la compraventa en el contexto de las dificultades económicas que comenzaba a atravesar CO., S.A. O.M., S.L., para facilitar la liquidez de CO., S.A. y evitar los perjuicios de su inclusión en registros de aceptaciones impagadas –perjuicios que afectarían también a O.M., S.L. atendida su operativa de descuento con entidades bancarias y el gran volumen de negocio que mantenía con CO., S.A.–, habría accedido a comprar en autocartera la participación de CO., S.A. –y de M.T., S.L.– en O.M., S.L., con la condición de que el precio de la compraventa se destinase al pago de los pagarés (diez) firmados por CO., S.A. a favor de O.M., S.L., que se relacionaban, debidamente identificados, en la propia escritura.

Todos esos pagarés tenían vencimiento a 25 de mayo de 2010, es decir, dos días antes de la escritura de 27 de mayo de 2010. Así resulta de las copias de los pagarés aportadas con la demanda incidental (folios 43 a 50).

No se discute que: el importe percibido por la venta de las participaciones fue ingresado por CO., S.A. en las entidades emisoras de los pagarés, BANCO SABADELL y DEUTSCHE BANK, para el pago de los títulos cambiarios; que, efectivamente, se pagaron en su integridad siete de los diez pagarés; que, sin embargo, parte de las cantidades ingresadas con aquel fin por CO., S.A. en DEUTSCHE BANK fue aplicada por este banco a atender posiciones deudoras que CO., S.A. mantenía con la entidad bancaria y que, por tanto, quedaron sin atender por CO., S.A. tres pagarés, por importes respectivos de 97.446,75 euros, 129.319,35 euros y 93.766,67 euros. Es decir, de un conjunto de pagarés por importe global de 1.052.377,59 euros, quedaron pendientes de pago tres pagarés por importe total de 320.532,77 euros.

4. O.M., S.L. alega que fue ella misma quien pagó esa suma pendiente de 320.532,77 euros en fecha 4 de junio de 2010, atendiendo ante su entidad bancaria, CAJA RURAL DE JAÉN, los importes de los pagarés restantes, previamente descontados.

Efectivamente, a los folios 58 y 59 de la demanda incidental, mediante carta de pago bancaria de documento impagado y extracto de operaciones bancarias, se acredita que, el 31 de mayo de 2010 –no el 4 de junio-, se cargó a la cuenta de O.M., S.L. en CAJA RURAL DE CIUDAD REAL –no de JAÉN- un importe de 102.569,70 euros, correspondiente al pagaré de 97.446,75 euros, más intereses de demora (232,27 euros), comisión de devolución (4.872,34 euros), comisión por protesto o declaración equivalente (18 euros) y correo (0,34 euros).

De la misma forma, a los folios 58 y 60, por medio de carta de pago y detalle de movimientos bancarios, consta que, el 4 de junio de 2010, se cargó a la cuenta de O.M., S.L. en CAJA RURAL DE JAÉN un importe de 129.415,01 euros, correspondiente al pagaré de 129.319,35 euros, más intereses de demora (95,66 euros) y un importe de 93.882,27 euros, correspondiente al pagaré de 93.766,67 euros, más intereses de demora (115,60 euros).

Según O.M., S.L., esos pagos que efectuó por el tercero (CO., S.A.) habrían determinado el cumplimiento de la condición suspensiva y la plenitud de efectos de la compraventa de las participaciones, que, en consecuencia, deberían excluirse del inventario de la concursada CO., S.A. presentado a 31 de enero de 2011.

La realidad del pago por O.M., S.L. de los tres últimos pagarés pendientes, tal como acreditan los referidos documentos bancarios, no desvirtuados en el juicio, no es discutida por la AC y por la concursada, en sus escritos de oposición al recurso de apelación. La divergencia con la actora radica en la valoración de los efectos de dicho pago en orden al cumplimiento de la condición suspensiva estipulada en la escritura de compraventa de las participaciones. Las demandadas consideran que no se ha cumplido la condición, porque ese pago no lo efectuó quien debía hacerlo, CO., S.A.

5. Si se acude a la literalidad de la condición suspensiva, antes transcrita, se advierte que la eficacia de la transmisión queda supeditada "*al pago de los referidos pagarés*", no al pago de los pagarés efectuado por el firmante, CO., S.A. Por tanto, establecido en este juicio incidental que los pagarés han sido pagados –lo que no se discute-, la condición suspensiva del contrato de compraventa de participaciones ha de estimarse cumplida.

A la misma conclusión se llega atendiendo a lo que la doctrina ha denominado **la intención empírica de los interesados y la finalidad del negocio**.

Es cierto que el **firmante del pagaré es el principal obligado al pago** –como el aceptante de la letra de cambio, artículo 97 de la Ley cambiaria y del cheque. Según las copias que constan en el incidente, en las que sólo aparece el anverso de los documentos, el beneficiario inicial de los pagarés era O.M., S.L., si bien la circulación de los títulos podía determinar que perdiera esa condición a favor de un nuevo tenedor. O.M., S.L. tenía interés en que el precio de la compraventa fuera destinado a atender los pagarés –como beneficiario o, en su caso, aunque no ha sido alegado, como endosante- y, por esa razón, en la cláusula

5ª de la escritura, se hizo constar de manera expresa que las vendedoras se obligaban a destinar el importe de la compraventa a pagarlos en un plazo que finalizaba al día siguiente. Ahora bien, **este incidente concursal no versa sobre si las vendedoras cumplieron o no debidamente la obligación asumida en la cláusula 5ª**, entre otras razones, porque tal cuestión afecta a una tercera entidad, M.T., S.L., que no es parte en el litigio. La concursada y la AC insisten en que el comportamiento de CO., S.A. al respecto fue el pactado y el impago de solamente tres de los diez pagarés no le es imputable, sino que obedece a la actuación del banco.

Se trata aquí de valorar, **a los efectos propios de este incidente, si se cumplió la cláusula 6ª**. Mientras la cláusula 5ª establecía la obligación vista, **la cláusula 6ª se limitaba a someter la eficacia de la transmisión al pago de los pagarés, sin indicar pagador**. Seguramente, la voluntad de O.M., S.L. - en cuyo interés se estableció la cláusula, según reconocen las demandadas- era la de estimular el cumplimiento de la cláusula anterior 5ª, es decir, que se destinara el dinero al pago de los pagarés librados a su favor y no a otros fines distintos. Y lo cierto es que **-fuera por efecto de la condición suspensiva o simplemente por la percepción del precio de la compraventa-** esa finalidad se consiguió en buena medida: **tras la escritura, CO., S.A. pagó siete de los diez pagarés (el 70 % del importe global), que no había atendido a su vencimiento, dos días antes de la compraventa de las participaciones.**

En cuanto a los tres pagarés restantes, O.M., S.L., que se vio perjudicada por el impago de CO., S.A., **podía haber invocado el incumplimiento de la condición suspensiva pactada, pero optó por posibilitar el cumplimiento de la condición y efectuar el pago de los pagarés desatendidos por el deudor principal, CO., S.A.** No vemos en ese proceder ninguna actuación contraria a derecho ni, específicamente, contraria al contrato. **La hoy actora asumió -cuando menos, temporalmente- un incremento del precio pagado por las participaciones y posibilitó así la eficacia del contrato.**

6. Desde luego, no puede atenderse al argumento aducido por la AC en su escrito de contestación a la demanda, acogido en la sentencia del juzgado, según el cual, la condición suspensiva no se habría cumplido, porque los pagarés no fueron atendidos a su fecha de vencimiento, como supuestamente exigiría la cláusula 6ª. Tal como señalan tanto la actora como la concursada, la cláusula suspensiva 6ª de la escritura no exigía un pago de los pagarés a su vencimiento sino solamente *el pago de los pagarés*, entre otras razones porque, como se ha dicho, el vencimiento de los pagarés -25 de mayo de 2010- fue anterior a la fecha de la escritura -27 de mayo de 2010. Es decir, la cláusula 6ª se estipuló cuando los pagarés ya habían vencido y habían sido impagados y con la finalidad de que CO., S.A. obtuviera liquidez para pagarlos tras la venta de las participaciones.

7. Tampoco desvirtúa la conclusión de que los pagarés fueron pagados -por O.M., S.L.- el dato que la AC considera revelador, de que la actora incluyera en su comunicación de créditos dos de los tres pagarés que CO., S.A. no atendió a su vencimiento. Según la AC, resulta contradictorio que O.M., S.L. sostenga, por un lado, que los pagarés fueron pagados y, por otro, pretenda cobrarlos a CO., S.A. No estamos examinando aquí la relación de créditos, sino la **impugnación del inventario -específicamente, de la inclusión en él de las participaciones sociales de O.M., S.L.** Con independencia de lo que se decida en la lista de acreedores, en caso de cómputo doble de algún crédito, no hallamos contradicción, a los efectos de la exclusión de participaciones pedida, en que O.M., S.L. invoque como crédito en el concurso, junto con el importe adeudado por las facturas generadas por las ventas a CO., S.A., el importe debido por el pago de los títulos cambiarios que tenía que efectuar CO., S.A. y que, finalmente, hubo de satisfacer O.M., S.L.

8. La concursada CO., S.A. alega que el pago por tercero esgrimido por O.M., S.L. no puede aceptarse, puesto que se estaría permitiendo que el cumplimiento de la obligación quedara al arbitrio de una de las partes, con vulneración del artículo 1256 del Código civil. Sorprende que sea la contratante CO., S.A., que incumplió el contrato de compraventa, porque no cuidó de que el precio recibido fuera destinado en su integridad al pago de los pagarés que había suscrito, quien reproche arbitrariedad a la contraparte.

La actitud de la concursada se aproxima a la situación prevista en el artículo 1119 del Código civil, invocado por la actora, conforme al cual, se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento. CO., S.A., según lo alegado y probado en este incidente, dificultó con su actuación el cumplimiento de la condición suspensiva, la cual, sin embargo, pudo ser cumplida por la propia compradora, O.M., S.L., en los términos vistos. CO., S.A., ya en el concurso, sostiene la inadecuación del procedimiento de cumplimiento de la condición, sin otro interés que el de frustrar el contrato, en un ejercicio antisocial del derecho.

En cualquier caso, **no se ha desvirtuado en este incidente que los pagarés fueron pagados –por O.M., S.L.- y que, con ese pago, se cumplió la condición suspensiva.** En consecuencia, debe estimarse el recurso de apelación, sin entrar a examinar otros fundamentos de derecho alegados en el recurso que no fueron invocados en la demanda ni, por tanto, objeto de debate en la primera instancia.

9. La estimación del recurso determina que no se impongan las costas de la segunda instancia. La estimación de la demanda comporta la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada (artículos 398.2 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 de la Ley concursal).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 8/2013, de 14 de Enero de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En cuanto a los **plazos para los recursos** del artículo 197.4º LC, si el plazo para recurrir en apelación quedó interrumpido por una solicitud de aclaración, la suspensión del cómputo del plazo alcanza a todos los recursos (interpretación más favorable al acceso al recurso).

Calificación del crédito del acreedor afianzado en el concurso del fiador, cuando las partes han convenido expresamente la renuncia al beneficio de excusión: debe calificarse contingente.

En el presente caso, se debe calificar el crédito como ordinario no contingente (art. 87.3º LC), si las partes excluyen el requisito de la subsidiariedad; es decir, si las partes pactan que el previo incumplimiento del deudor, como presupuesto de la obligación del garante, no sea oponible a los acreedores.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre garantías: STS de 4 de diciembre de 2009.

La sentencia realiza un estudio a fondo de la excusión en la fianza.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- A.V.S., S.L. interpuso demanda de impugnación de la lista de acreedores, al haberse incluido como créditos ordinarios no contingentes los derivados del préstamo sindicado suscrito el 12 de mayo de 2006, novado en fecha 27 de julio de 2007, entre las entidades demandadas, de un lado, y la sociedad I.M.A., S.L., de otro. En dicho contrato la concursada MED., S.L. se constituyó inicialmente como acreditada y posteriormente como garante frente a las entidades bancarias ("acreditantes", según el contrato). La actora sostuvo en la demanda que la cláusula de garantía (estipulación decimoséptima del contrato) está estrictamente vinculada a la obligación garantizada, por lo que, para que exista un crédito exigible, no contingente, del afianzado frente al avalista, es necesario el cumplimiento de dos condiciones o requisitos: el vencimiento de la obligación garantizada y que se constate el incumplimiento del deudor principal.

Dado que la obligación principal no había vencido y que no se había declarado el vencimiento anticipado, no se daban los presupuestos para la exigibilidad del crédito del afianzado y, en consecuencia, dentro del

concurso el crédito debía ser calificado como contingente.

Subsidiariamente afirmó que no se opondría al reconocimiento del crédito correspondiente a la cuota de mayo de 2012, siempre que se acreditara el requerimiento de pago.

Las demandadas se opusieron a la demanda, fundamentalmente, invocando el carácter abstracto, autónomo e independiente del aval, según quedó configurado en la cláusula decimoséptima del contrato, que es exigible a primer requerimiento, con renuncia expresa al beneficio de excusión, lo que enerva la subsidiariedad de la fianza. Asimismo y con independencia de lo anterior, se habría producido el supuesto de vencimiento anticipado previsto en la cláusula 16ª del contrato.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia recoge en lo sustancial la tesis esgrimida por las demandadas. En los términos en que está redactada la cláusula decimoséptima, según razona el juez a quo, puede concluirse que se ha eliminado por los contratantes la nota característica de la fianza, que es la subsidiariedad, por lo que el crédito de las entidades bancarias debe calificarse como ordinario. Las partes pactaron algo más que la solidaridad, algo más que la mención “a primer requerimiento”, algo más que la eliminación del beneficio de excusión o el carácter autónomo de la obligación asumida por el fiador; se ha expresado la irrelevancia del incumplimiento del deudor principal, con lo que se “traspasa la línea de la fianza hacia lo que se ha denominado solidaridad plena, que permite entender que el crédito no está sometido a condición alguna y permite calificarlo como ordinario y no como contingente” (último párrafo del fundamento segundo).

TERCERO.- A.V.S., S.L. recurre la sentencia alegando que se ha dado un tratamiento erróneo al crédito del acreedor garantizado contra el garante solidario en el concurso de éste, aplicando indebidamente el artículo 87.5º de la Ley Concursal, en lugar de aplicar el artículo 87.3º.

En segundo lugar sostiene que es incorrecta la afirmación de los bancos demandados y de MED., S.L. de que la obligación principal había vencido, por lo que, a su entender, no es posible la calificación del crédito como ordinario con plenitud de derechos concursales, dado que el crédito frente al garante no era exigible. Rechaza, en este sentido, que se hubiera requerido de pago al deudor principal o a sus garantes y, en consecuencia, que hubiera operado la resolución.

Por último, afirma la recurrente que la interpretación del contrato y de su cláusula de garantía que realiza la sentencia de instancia no es correcta, en tanto en cuanto considera que no rigen las notas de accesoriedad y subsidiariedad. Alega en tal sentido que no nos hallamos ante una garantía abstracta, autónoma y desvinculada de la obligación garantizada, sino ante un aval solidario con renuncia al beneficio de excusión, por lo que el crédito debe calificarse como ordinario contingente.

Las demandadas formulan oposición al recurso. MED., S.L. alega, con carácter previo, que el recurso debió inadmitirse a trámite, por haber sido presentado extemporáneamente, dado que la aclaración que se solicitó a la sentencia de 23 de diciembre de 2011, en el incidente de oposición a la aprobación del convenio – apelación más próxima, a estos efectos- no puede interrumpir el plazo para interponer el recurso de apelación que previamente fue protestada.

En cuanto al fondo del asunto, las demandadas, en sus respectivos escritos, consideran correcta la interpretación que de la cláusula 17ª realiza el juez *a quo*, en la que las partes mostraron su voluntad inequívoca de enervar la subsidiariedad de la fianza. Ello determina que sea irrelevante el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor principal. Además sostiene que se produjo el incumplimiento de la obligación garantizada, al no haber atendido I.M.A., S.L. la cuota correspondiente al mes de mayo de 2012.

CUARTO.- Como se ha expuesto, MED., S.L. alega en primer lugar que el recurso de apelación no debió admitirse a trámite por haberse presentado pasado el plazo de veinte días que prevé el artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se discute por las partes que la “apelación más próxima”, a los efectos establecidos en el artículo 197.4º de la Ley Concursal, fue la sentencia de 23 de diciembre de 2011 dictada en el incidente concursal 521/2011 de oposición a la aprobación del convenio. La cuestión jurídica, introducida por la apelada, es si la solicitud formulada por A.V.S., S.L. de aclaración de la referida sentencia interrumpe

únicamente el plazo para interponer el recurso de apelación contra la sentencia objeto de aclaración o, por el contrario, si la suspensión del plazo para recurrir alcanza también a las resoluciones previamente protestadas y que, en el sistema de recursos diseñado en la Ley Concursal, han de reproducirse en la apelación más próxima.

Planteada la cuestión, debe recordarse que el artículo 215.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de un lado y, con carácter general el artículo 267.9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial –uno y otro introducidos por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre-, de otro, disponen que los **plazos para los recursos** que procedan contra las resoluciones que han sido objeto de aclaración, rectificación, subsanación o complemento, **quedarán interrumpidos desde que se solicite la aclaración, continuando el cómputo desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto “que reconociera o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla”.**

Por su parte, el artículo 197.4º de la Ley Concursal establece que **contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes “podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”.**

Ciertamente, aun cuando el artículo 197, al regular la “apelación diferida”, aluda a la necesidad de “reproducir la cuestión” en la apelación más próxima, se viene aceptando unánimemente que no es necesario apelar la resolución llamada “vehicular”. Y, por ello, no le falta razón a la concursada cuando alega que quien protestó una sentencia dictada en incidente de impugnación de la lista no precisa conocer la resolución aclaratoria para formular su recurso, dado que, lisa y llanamente, la sentencia objeto de aclaración no es la que se recurre.

Ahora bien, al señalar el artículo 197.4º que las partes reproducirán la cuestión “en” la apelación más próxima, al menos formalmente, en tanto en cuanto no transcurra el plazo para recurrir en apelación la resolución vehicular, las partes podrán interponer sus recursos contra las sentencias o resoluciones que hayan protestado. Esto es, si el plazo para recurrir en apelación quedó interrumpido por una solicitud de aclaración, la suspensión del cómputo del plazo alcanza a todos los recursos. Es esta la interpretación que ha de prevalecer, por ser la más favorable al acceso al recurso.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, en el recurso se plantea la **calificación del crédito del acreedor afianzado en el concurso del fiador, cuando las partes han convenido expresamente la renuncia al beneficio de excusión.** Como bien se indica en la sentencia de instancia, dos son las posturas que se vienen manteniendo. Hay quienes consideran que, de acuerdo con el artículo 87.5º de la Ley Concursal, el crédito debe reconocerse sin limitación ni contingencia alguna. Conforme a dicho precepto, los créditos “que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión”. Por tanto, interpretando la norma sensu contrario, si la fianza se ha convenido con renuncia al beneficio de excusión, el crédito no puede tener la consideración de contingente.

Una segunda línea de interpretación, mayoritaria en la doctrina y en la práctica forense, considera que el **crédito del concursado fiador está sujeto a una condición suspensiva, como es el previo incumplimiento del deudor principal.** Por ello y de acuerdo con lo previsto en el artículo 87.3º, el **crédito debe ser reconocido como contingente sin cuantía propia.** Esta es la tesis que hemos mantenido en nuestras anteriores sentencias de 18 de diciembre de 2008 (RA 130/2008) y 25 de enero de 2012 (ROJ 2719/2012). Como señala la primera de las sentencias, citada por la segunda, la **clasificación directa de crédito ordinario implicaría equiparar “sin más los créditos sin beneficio de excusión, como son las fianzas solidarias, a los créditos incondicionados, amparándose en la capacidad del acreedor de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios (art. 1144 CC).** Con ello se obvia un extremo sustancial, como es que el artículo 87.5 no opera pendiente la condición, sino cuando la condición se ha cumplido: solamente en ese caso será exigible la responsabilidad del fiador, cuando

se haya producido el impago del deudor principal. Es en ese caso que el acreedor puede dirigir su mirada al fiador y es entonces, en efecto, cuando opera el beneficio de excusión previa del patrimonio del deudor principal, si existe tal beneficio, o cuando el acreedor puede reclamar directamente el pago al fiador solidario, si la excusión no tiene lugar.”

Dicha sentencia añade que el impago del deudor principal tiene “naturaleza suspensiva”, actuando como “condición para que surja la obligación de la concursada. Si la situación en el concurso fuera otra –dice la sentencia-, es decir, si el deudor principal no hubiera devuelto el préstamo en la fecha pactada, no existiría duda alguna de que, al no operar el beneficio de excusión, no concurriría razón que justificara una clasificación como contingente. Por el contrario, en nuestro caso, el crédito de la apelante derivado de la póliza, per se, sin saber si el prestatario cumplirá o no llegado el vencimiento de la póliza, tiene naturaleza contingente y de esa forma debe ser reconocido, según impone el artículo 87.3 de la LC.”

Tal postura, añadimos ahora, tiene como premisa el considerar el principio de subsidiariedad como una nota esencial de la fianza, presente en todas sus modalidades, también cuando se haya pactado como solidaria y se haya excluido el beneficio de excusión. No es posible, en definitiva, identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil). Es decir, si se pacta el beneficio de excusión o de orden, el fiador, incumplida la obligación, puede aplazar el cumplimiento de la suya mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1832 del Cc). Por el contrario, si la fianza se conviene como solidaria o el fiador renuncia al beneficio de excusión, basta con que concurra la situación objetiva de incumplimiento –principio de subsidiariedad- para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador.

SEXTO.- En su crítica a la sentencia de instancia, A.V.S., S.L. señala que el Juzgado considera que las obligaciones derivadas de fianza o aval solidarios, en cuanto no se dan en ellas el beneficio de excusión, deben ser calificadas en el concurso del fiador como ordinarios, aunque el crédito o la obligación no se encuentren vencidos. La sentencia, a su entender, estaría aplicando erróneamente el artículo 87.5º de la Ley Concursal, en contra del criterio de esta Audiencia.

Ello, sin embargo, no es exactamente así. El juez a quo centra correctamente la cuestión que se somete a enjuiciamiento. Analiza las dos posturas existentes sobre la calificación del crédito del acreedor afianzado en el concurso y, como no podía ser de otra manera, cita la primera sentencia de esta Sala que toma partido por una de ellas. Ahora bien, considera, ello no obstante, que **la cuestión debe resolverse atendiendo al contenido del contrato de fianza firmado por la concursada y al alcance que las partes han querido dar a la obligación asumida por MED., S.L., “teniendo siempre presente la naturaleza jurídica del contrato de fianza”** (fundamento segundo). Y ello por cuanto el Juzgado contempla la posibilidad de que las partes convengan una “solidaridad plena, que permita escapar de la subsidiariedad propia de la fianza y calificar el crédito como ordinario”, sin contingencia y, por tanto, con su cuantía propia. Para ello, señala el juez a quo, **es necesario que las partes hayan pactado de forma expresa que se podrá reclamar indistintamente contra el deudor o fiador sin necesidad de previo incumplimiento del deudor o que se pacte que el fiador asume “la deuda como propia” o “como si del mismo deudor de trate”**.

SÉPTIMO.- Cuanto antecede nos remite al contenido del contrato y, en concreto, a la estipulación decimoséptima, en cuya interpretación discrepan las partes. Dicha estipulación es del siguiente tenor literal – se transcribe literalmente por su relevancia-: “Cada uno de los Garantes garantiza a favor de cada uno de los Acreditantes y de las Entidades de Cobertura, de forma expresa, irrevocable e incondicional y solidariamente con los Acreditados y con cada uno de los restantes Garantes (por lo que renuncia expresamente a los beneficios de excusión y división), todas y cada una de las obligaciones asumidas por los Acreditados en este Contrato y en los restantes Contratos de Financiación (tal y como éstos resulten modificados, novados o complementados en cualquier momento) y, en particular, las obligaciones de pago, a primer requerimiento del

Agente o, en su caso, de las Entidades de Cobertura. La garantía otorgada por los Garantes en virtud de esta cláusula es una garantía abstracta, autónoma, independiente y exigible a primer requerimiento, por lo que, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia podrá ninguno de los Garantes entrar a considerar el cumplimiento o no de las obligaciones garantizadas por parte de los Acreditados u oponerse al pago o cumplimiento específico de las obligaciones garantizadas bajo ningún concepto, bastando el mero requerimiento del Agente o, en su caso, de las Entidades de Cobertura, sin que éstos tengan que justificar la causa del incumplimiento."

Tal y como está concebida, en el presente caso, la garantía prestada por la concursada, no podemos sino corroborar el criterio de la sentencia de instancia, que **calificó el crédito de las demandadas como ordinario no contingente, al haber excluido las partes el requisito de la subsidiariedad o, dicho de otra manera, al haber pactado las partes que el previo incumplimiento del deudor, como presupuesto de la obligación del garante, no fuera oponible a los acreedores.**

Entendemos que A.V.S., S.L., confundiendo, de alguna manera, los planos, ha orientado la cuestión litigiosa a analizar si concurren en el presente caso todos los presupuestos formales y materiales para que la fianza pudiera ser realizada, cuando, a nuestro entender, lo relevante es determinar cómo debe figurar en la lista el crédito del acreedor garantizado con un aval del concursado que se configura como abstracto, autónomo, independiente y exigible a primer requerimiento, y en el que las partes convienen que el cumplimiento del deudor no sea oponible. Y ello, sin prescindir de la naturaleza de la fianza, de las normas de la Ley Concursal en materia de calificación y en un contexto normativo en el que, para un sector muy relevante de la doctrina y jurisprudencia menor, basta con que se excluya el beneficio de excusión para que el crédito en el concurso haya de reconocerse con plenitud de derechos. Pues, en este sentido, no debe despreciarse en el análisis que el crédito contingente, que la Ley Concursal limita al litigioso y al sometido a condición suspensiva, ve seriamente mermados sus derechos en el concurso mientras subsista la contingencia, dado que el acreedor ve suspendidos sus derechos de adhesión y voto, en un escenario de concurso, y el derecho al "cobro" (sic, artículo 87.3º), en los supuestos de liquidación.

OCTAVO.- La cláusula en cuestión emplea unos términos de los que inequívocamente se deduce que **los contratantes pactaron una garantía en la que el garante –la concursada- se obligaba como si de un deudor solidario se tratara, permitiendo al acreedor dirigirse contra aquél al margen de las vicisitudes de la obligación principal.**

Los términos "incondicional" "independencia", "abstracción" y "autonomía" del aval, recogidos en la estipulación decimoséptima, van mucho más allá de una fianza meramente solidaria o de la simple renuncia del derecho de excusión. Expresan la voluntad de los contratantes de desvincular la garantía de las circunstancias que pudieran afectar a la relación principal y, sobretudo, de reforzar la posición jurídica del acreedor. No es necesario, a nuestro entender, examinar en qué medida la cláusula preserva el requisito de la accesoriedad de la fianza, extremo en el que se extiende la recurrente y que no consideramos esencial. Es obvio que el aval se prestó en consideración a una obligación principal, lo que no excluye que, a tenor del mismo, el fiador asumiera la obligación como propia y consintiera la imposibilidad de oponer el cumplimiento por el deudor.

La cláusula, además, establece que la obligación del garante será exigible "a primer requerimiento", expresión que nos remite a una modalidad de fianza, reconocida reiteradamente por nuestra Jurisprudencia, que deja de ser accesorio de la obligación principal –aunque un sector de la doctrina lo discute- y en la que, precisamente por su carácter autónomo e independiente, el garante no puede oponer ninguna excepción proveniente de la relación garantizada. La **STS de 4 de diciembre de 2009 (ROJ 7218/2009)** recopila la **doctrina jurisprudencial sobre la fianza a primer requerimiento, señalando que se configura "como una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal, y atípica, aunque con pleno reconocimiento por la doctrina jurisprudencial con base en el principio de autonomía contractual** (art. 1.255 CC) -SS. 11 de julio de 1.983; 14 de noviembre de 1.989; 2 de octubre de 1.990; 27 de octubre de 1.992; 14 de noviembre de 1.998; 3 de mayo y 10 de noviembre de 1.999; 17 de febrero, 30 de marzo, 5 de julio y 13 de diciembre de 2.000; 12 de julio y 14 de noviembre de 2.001; 29 de abril y 5 de julio de 2.002; 31 de mayo y 11 de diciembre de 2.003; 23 de julio de 2.004; 27 de septiembre de 2.005; 1 de octubre de 2.007; 30 de marzo de 2.009, entre otras-, que se caracteriza por su autonomía e

independencia -no accesoriedad, que le diferencia de la fianza- de la obligación garantizada y del contrato inicial (SS. 11 de julio de 1.983, 27 de septiembre y 9 de diciembre de 2.005), de modo que su nota más característica es que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. Esto es, el garante está obligado al pago por el simple requerimiento o solicitud del beneficiario (SS. 5 de julio de 2.002; 31 de mayo y 12 de diciembre de 2.003; 27 de septiembre de 2.005; 1 de octubre de 2.007).

La doctrina jurisprudencial, para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta, ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la "*exceptio doli*" (S. 1 de octubre de 2.007). El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento injusto (SS., entre otras, 12 de julio de 2.001, 29 de abril de 2.002, 27 de septiembre de 2.005 y 1 de octubre de 2.007). Sin embargo y sin perjuicio de las acciones que pudieran surgir en su caso como consecuencia del pago de la garantía (SS. 30 de marzo de 2.000 y 14 de noviembre de 2.001), la carga de la prueba de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada incumbe al garante, sin que pueda exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal (SS. 12 de julio de 2.001, 12 de diciembre de 2.003, 27 de septiembre de 2.005, 1 de octubre de 2.007)."

NOVENO.- En definitiva, si el garante, en el presente caso, se obliga solidaria e incondicionalmente con el deudor principal; si las partes manifiestan su voluntad de configurar la fianza como autónoma, abstracta, independiente y exigible a primer requerimiento, con exclusión expresa de los beneficios de orden y división; y si, como consecuencia del carácter autónomo de la fianza, las partes excluyen que el pago o cumplimiento de la obligación principal pueda ser esgrimido por el fiador, no es posible que el incumplimiento del deudor opere como condición suspensiva y, por ello, que el crédito se califique como contingente.

Como señala la recurrente, en las garantías abstractas o autónomas, como la que nos ocupa, en las que el fiador ha de cumplir a primer requerimiento, el Tribunal Supremo admite, excepcionalmente, que el demandado pueda invocar la "*exceptio doli*", en los supuestos de ejecuciones abusivas o fraudulentas, o la inexistencia o cumplimiento íntegro de la obligación, cuando se trate de evitar situaciones extremas de enriquecimiento injusto. Esa eventualidad, absolutamente excepcional, en el que se invierte la carga de la prueba, que corresponderá al garante, no altera la conclusión que venimos sosteniendo y que coincide con la del juez *a quo*, dado que, insistimos, lo que aquí se discute es cómo se reconoce el crédito de las demandadas en la masa pasiva del concurso y no si se dan los requisitos materiales y formales para el éxito de una acción contra el fiador y si en ésta pudieran prosperar o no alguna de las excepciones citadas.

DÉCIMO.- A todo ello debemos añadir que resulta incontrovertido que el préstamo sindicado fue incumplido antes incluso de ser declarado el concurso. En efecto, I.M.A., S.L. no atendió la cuota con vencimiento el 12 de mayo de 2010, por un importe de 34.806.960 euros (documento dos del escrito de contestación de BANESTO). Ésta, a su vez, presenta una certificación actualizada a 16 de abril de 2012 (documento uno de la oposición a la apelación, al folio 1407), de la que resulta que I.M.A., S.L. tampoco ha abonado las cuotas de noviembre de 2010 y mayo de 2011, también de 34.806.960 euros, y la de noviembre de 2011, de 34.786.080,00 euros. Esto es, el incumplimiento del deudor principal, de ser condición para que el crédito de las demandadas deje de ser contingente, también se habría producido.

En definitiva, el crédito ha de ser reconocido en el concurso como ordinario por la cuantía correspondiente, como así hizo la administración concursal y corroboró la sentencia impugnada. Tal reconocimiento deriva de los términos en los que se configura el aval en el contrato firmado por las partes. Ello determina que no sean relevantes, a estos efectos, los otros dos motivos de impugnación aducidos por A.V.S., S.L., esto es, que la obligación principal garantizada no había vencido –a lo sumo, al entender de la recurrente, concurriría causa de vencimiento anticipado- y que las entidades bancarias del sindicato ni tan siquiera habían requerido de pago al deudor principal o a sus garantes. Por todo lo cual, con desestimación del recurso, debe confirmarse íntegramente la sentencia recurrida.

UNDÉCIMO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como se ha expuesto a lo largo de esta resolución, en la doctrina y en la práctica judicial se han mantenido criterios divergentes sobre la cuestión litigiosa.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 223/2013, de **28 de Mayo de 2013**.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Al interponer un incidente concursal de **impugnación del inventario** (96 LC), se debe solicitar, bien la inclusión o exclusión de bienes o derechos, bien el aumento o disminución del avalúo de lo incluido. Solicitar una genérica valoración adecuada de ciertos bienes o derechos es impropio de este incidente y no procede admitir a trámite una demanda en tal sentido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. I. A.V.S., S.L. interpuso demanda incidental de impugnación del inventario incluido en el informe de la administración concursal (AC) de MED., S.L.

II. El juzgado desestimó la demanda, en los términos que se han transcrito en el antecedente de hecho primero.

III. A.V.S., S.L. recurre en apelación contra la sentencia del juzgado y solicita:

1. Con carácter principal, que se declare la nulidad de la sentencia y de todas las actuaciones del incidente concursal desde el momento procesal de la vista, en que el juzgado no practicó la prueba de exhibición documental admitida e inadmitió la prueba pericial propuesta por la parte demandante.

2. Subsidiariamente, que se revoque la sentencia del juzgado en cuanto al fondo y se estime íntegramente la demanda.

IV. MED., S.L. y la AC se oponen al recurso.

La AC reitera, en primer lugar, la excepción de carácter procesal opuesta en su contestación a la demanda incidental, que da por reproducida. Por la naturaleza de la excepción, su examen es prioritario.

2. La AC, bajo la rúbrica de defecto legal en el modo de proponer la demanda, alegó, entre otras cosas, que la petición de A.V.S., S.L. no se ajustaba a las previsiones del artículo 96.2 de la Ley concursal (LC), conforme al cual, *"la impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos"*.

La demanda de A.V.S., S.L. solicitaba sentencia por la que "se valoren adecuadamente los derechos audiovisuales en posesión de la concursada, con especificación de cuáles son y el valor de mercado de los mismos, haciendo en todo caso una especial mención a la reclamación que A.V.S., S.L. tiene presentada frente a MED., S.L. en ejercicio del derecho de separación ex art. 80 de la LC, en relación con los derechos audiovisuales de A.V.S., S.L. en posesión de MED., S.L. y reconocidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid".

A.V.S., S.L. alega, en los hechos de la demanda incidental, que los derechos audiovisuales que posee la concursada MED., S.L. tienen un alto valor económico en el mercado que no ha sido reflejado adecuadamente en el inventario del informe de la AC. Alega también que la AC, en la valoración de esos

derechos, ha aplicado estrictos criterios contables, en lugar de atender a su valor real; que se han reflejado solamente y de forma incorrecta en el apartado de periodificaciones a corto plazo de activo, pese a que requieren un concepto específico dentro del inventario; que no se describen, enumeran, especifican o catalogan ni se expresa qué tipo de derechos son, su duración u otras características esenciales; no se avalúan individualmente ni se indican datos extracontables.

La acreedora demandante afirma asimismo en su demanda que carece de datos suficientes para saber si los derechos audiovisuales que explota actualmente la concursada tienen el valor de 247.087.366,57 euros con que aparecen en el inventario. Añade que una pequeña parte de esos derechos (de determinados clubs españoles de primera y segunda división) los reclama A.V.S., S.L. en otro incidente y, en relación con ellos, se han estimado unos beneficios, durante dos temporadas, de 122 millones de pesetas. A.V.S., S.L. supone que los derechos de ligas internacionales y competiciones extranjeras que explota MED., S.L. tienen un valor de mercado superior al que se hace constar en el inventario. Sin embargo, no llega a establecer ninguna cuantía –de ahí que la AC denuncie indefensión-. En la demanda, se anuncia la proposición de prueba consistente en el requerimiento a la concursada para que exhiba *todos* sus documentos contractuales de derechos audiovisuales y la pericial de análisis de todos los documentos anteriores y de los que ya constan en autos para su valoración a efectos del inventario.

3. Consideramos que tiene razón la AC. El tenor del *petitum* de la demanda no se ajusta al contenido que el artículo 96 LC asigna al incidente concursal de impugnación del inventario. No se solicita inclusión ni exclusión de bienes o derechos ni el aumento o disminución del avalúo de los incluidos, sino una genérica valoración *adecuada*, aunque partiendo de la suposición de que esa valoración ha de arrojar un importe superior que no se cuantifica. La exposición de hechos que precede a la petición, en los términos vistos, tampoco permite integrarla.

Por ello, estimamos que el juzgado no debió admitir a trámite el incidente, que persigue una clara finalidad de averiguación, seguramente legítima para un acreedor, pero impropia del incidente de impugnación del inventario previsto en la LC. Por ello, debemos desestimar el recurso de apelación sin necesidad de más razonamientos.

4. La razón que está en la base de la desestimación del recurso determina que no se impongan las costas de la segunda instancia, pese a la desestimación (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 de la Ley concursal).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 347 / 2013, de 8 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para el **avalúo de los bienes y derechos** con arreglo a su “valor de mercado”, conforme al artículo 82.3 LC, es preferible una tasación conforme al “valor real actual” (con la depreciación del valor añadido), que el valor escriturado.

No es posible **afeccionar una finca a la actividad empresarial** si no hay actividad empresarial, y tampoco un contrato de arrendamiento o similar que le proporcione algún tipo de rendimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. Resolvemos dos recursos de apelación interpuestos por la concursada TEL. EMP., S.L., que han sido tramitados de forma conjunta:

a) el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2012, que decide el incidente concursal nº 161/2012, sobre impugnación del inventario y la lista de acreedores; y

b) el recurso contra el auto de fecha 12 de abril de 2012, que declara la no afección de una finca propiedad de la concursada a su actividad empresarial.

Recurso contra la sentencia que decide el incidente nº 161/2012

SEGUNDO. 2. La concursada presentó una demanda de impugnación del inventario y de la lista de acreedores en la que, sin integrar concretamente la petición y al margen de comentarios ineficaces para sustentar la impugnación, pretendía en primer lugar, que la finca que constituye su único activo (en Caldes d'Estrac, calle Mossen Jacint Verdaguer nº 25, finca registral nº 3.674 del Registro de la Propiedad de Mataró) fuera valorada en 1.448.600 €, y no en 900.000 €, que es la valoración fijada por la administración concursal en el inventario.

La sentencia rechazó la pretensión acogiendo los argumentos que ofreció la administración concursal (AC), que el recurso de apelación no rebatía eficazmente.

3. La concursada sostenía en la demanda que el avalúo precedente debía ser coincidente con el valor de tasación hipotecaria de la finca, 1.448.600 €, asignado en la escritura de préstamo hipotecario otorgado por Caja Madrid (BANKIA) el 7 de febrero de 2007, y mantenido en la escritura de novación del préstamo hipotecario de 30 de junio de 2009.

El art. 82.3 de la Ley Concursal ordena a la AC efectuar el avalúo de los bienes y derechos de la concursada con arreglo a su "valor de mercado", referido, conforme indica el art. 82.1 LC, al día anterior al de emisión del informe, que lleva fecha de 27 de enero de 2012.

El art. 6.2.3º LC, a su vez, exige al deudor solicitante del concurso que en el inventario de bienes y derechos que debe aportar con la solicitud exprese el valor de adquisición, las correcciones valorativas que procedan y una "estimación del valor real actual", concepto éste que debe equipararse al "valor de mercado".

Pues bien; una valoración de 900.000 € se estima **razonable y más ajustada al valor real de mercado** a enero de 2012 **que el valor de tasación asignado a efectos hipotecarios en la escritura** de febrero de 2007, y en absoluto es arbitraria, teniendo en cuenta: a) que se trata de la estimación del "**valor real actual**" de la finca que la propia concursada expresó en el inventario aportado a la solicitud de concurso, en julio de 2011 (tampoco este tribunal encuentra explicación a la impugnación de la concursada, que contradice su propia valoración); y b) la **depreciación del valor o descenso de los precios de los inmuebles** desde el año 2008 por razón de la grave crisis que ha afectado al sector inmobiliario (la AC informa que la tasa interanual del Índice de Precios de Vivienda que elabora el INI se situó en el -11,2 % en el cuarto trimestre de 2011).

En cualquier caso, como señala la sentencia, **el inventario y el avalúo cumplen una función meramente informativa y orientativa para que los acreedores puedan valorar la viabilidad de un posible convenio o bien la procedencia de la liquidación, lo que no implica que el valor asignado sea un máximo.**

TERCERO. 4. La demanda impugnaba la lista de acreedores, en primer lugar, sosteniendo que el crédito que debe ser reconocido a favor de BANKIA (acreedora hipotecaria, con respecto a dicha finca o vivienda) debía ser por importe de 1.384.067 €, y no por la cuantía reconocida por la AC, ascendente a 1.433.953,17 €.

La demanda no ofrecía ningún argumento, justificación ni soporte documental que sustentara la cuantía de deuda que proponía, por lo que la cuantía reconocida por la AC tras el examen de la documentación

proporcionada por BANKIA con su escrito de comunicación de créditos debe prevalecer. La desestimación de esta impugnación es, por tanto, correcta.

Con el recurso se aporta un documento (nº 26) consistente en un extracto de movimientos de la cuenta bancaria –según alega la apelante- asociada al préstamo, pero de ese documento no resulta el importe de deuda que sostiene la concursada.

5. La demanda solicitaba el reconocimiento de un crédito a favor del socio mayoritario de la sociedad concursada, Sr. M.A.C., por importe de 148.121,79 €, que responde al pago por parte de dicho socio, hasta esa suma total, de las cuotas del préstamo hipotecario cuyo deudor es la concursada.

La AC excluyó este crédito de la lista de acreedores por no haberse justificado debidamente su existencia. Para confirmar su criterio advirtió en el escrito de contestación que este crédito no fue comunicado por el Sr. M.A.C. y no hay constancia documental alguna de su existencia (los libros de contabilidad –señala la AC- no son fiables, la concursada no ha llevado contabilidad y la que aportó fue preparada a los efectos de solicitar el concurso).

Con la demanda se aportaron una serie de documentos (1 a 16) para justificar los ingresos que se dicen hechos por el Sr. M.A.C. en la cuenta bancaria del préstamo hipotecario, en Caja Madrid. Pero la AC justificó documentalmente que no se trata de la cuenta bancaria asociada al préstamo y la titular de esa cuenta no es la concursada sino la Sra. Vanesa Moreno Egea, esposa del Sr. M.A.C. (y también socia de la concursada); y en cualquier caso esos documentos no acreditan que los ingresos los haya hecho el Sr. M.A.C., ni su concepto, y además los resguardos de abono aportados suman la cantidad de 32.960 €.

Por tales motivos la sentencia desestimó esta pretensión, y además apuntó la falta de legitimación activa de la concursada para pretender el reconocimiento de un crédito a favor de un tercero.

El recurso se limita a alegar que los ingresos para pagar las cuotas del préstamo hipotecario fueron realizados por el Sr. M.A.C. y la Sra. Moreno (ahora serían dos los acreedores), si bien no puede probar tales ingresos en toda su extensión por falta de información que habría de suministrar BANKIA.

Damos por reproducidos, para confirmar la desestimación de esta pretensión, los argumentos de la AC y de la sentencia apelada, resaltando **la falta de legitimación de la concursada para interesar el reconocimiento de un crédito a favor de un tercero, que ni siquiera lo ha comunicado en el concurso.**

6. Se pretendía así mismo el reconocimiento de un crédito por importe de 18.000 € a favor de un tercero, el Sr. A.L., en concepto de fianza prestada al suscribir el contrato de arrendamiento de la indicada vivienda.

La AC lo excluyó de la lista por considerar que el pago de esa cantidad a la concursada en concepto de fianza no se había justificado, y el supuesto acreedor no había comunicado su crédito.

La sentencia rechaza igualmente el reconocimiento de este crédito por falta de acreditación, y además por carecer la concursada de legitimación para pretender su reconocimiento.

El recurso de apelación no contiene un apartado ni argumento específico dirigido a rebatir el criterio judicial en este extremo, si bien hace referencia en algunos pasajes a la fianza que fue pagada al suscribir el contrato de arrendamiento (18.000 € según la demanda y 12.000 € según el recibo aportado por la concursada).

En cualquier caso ratificamos esta decisión: **la concursada carece de legitimación activa, el supuesto acreedor no ha comunicado su crédito, no hay constancia de ese ingreso en la contabilidad de la concursada y (como veremos) no hay prueba concluyente de la realidad de ese arrendamiento.**

Recurso de apelación contra el auto de fecha 12 de abril de 2012

CUARTO. 7. Este auto estima el recurso de reposición interpuesto por BANKIA contra el anterior de fecha 22 de diciembre de 2011 y declara que la vivienda de la calle Mossen Jacint Verdaguer nº 25, en Caldes d'Estrac, finca registral nº 3.674 del Registro de la Propiedad de Mataró, no está afecta a la actividad empresarial de la concursada, a los efectos que prevé el art. 56 LC (ya que BANKIA había iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre dicha finca).

La concursada (a fin de paralizar esa ejecución) solicitó en noviembre de 2011 la declaración de que la vivienda está afecta a su actividad empresarial por estar arrendada a un tercero (el Sr. A.L.) y proporcionar por ello una fuente de ingresos para su actividad.

Alegó que la vivienda había sido adquirida para ser revendida, lo que no pudo ser, por lo que se convino su arrendamiento a un tercero con el beneplácito de BANKIA a fin de destinar las rentas arrendaticias que percibiera al pago de las cuotas del préstamo hipotecario, a la espera de una refinanciación que sería concedida por dicha entidad de crédito (y que no se otorgó).

Aportó un contrato de arrendamiento suscrito con el Sr. A.L., y con intervención de la agencia inmobiliaria Engel & Völkers, el 28 de marzo de 2011, con efecto a partir del 1 de abril de ese año, en el que se pacta una duración de un año con posibilidad de prórroga hasta 5 años y una renta de 3.000 € mensuales. Aportó así mismo, por fotocopia, un recibo de alquiler de la misma fecha por la suma de 30.000 €, que habría pagado el arrendatario para cubrir, de una sola vez, diez meses de contrato. También un recibo por importe de 12.000 € en concepto de fianza.

Aportó así mismo, por fotocopia, un documento firmado por el responsable de la agencia Engel & Völkers, de fecha 25 de abril de 2012, en el que manifiesta que el contrato de arrendamiento es veraz y que el arrendatario pagó en el momento de su firma una anualidad de renta (en realidad habría pagado, como se ha visto, 10 meses).

8. El juzgado dictó un primer auto de fecha 22 de diciembre de 2011 en el que acordaba declarar la afección de la finca a la actividad empresarial de la concursada (cuyo objeto social es la actividad y promoción inmobiliaria), a la vista de la existencia de un contrato de arrendamiento que proporcionaba un rendimiento a la sociedad deudora.

BANKIA recurrió en reposición tal decisión, a fin de que fuera declarada la no afección, argumentando que la concursada no tiene actividad alguna, el concurso se dirige a la liquidación y no hay prueba fehaciente de la veracidad de ese contrato de arrendamiento.

A su vez, la AC puso de manifiesto en su informe, en enero de 2012, nuevos hechos que revelaban que ese contrato de arrendamiento no era veraz, sino simulado. El auto de 12 de abril de 2012, a la vista de los nuevos datos y argumentos, terminó por declarar la no afección por apreciar que los nuevos elementos de juicio suministrados apuntaban a la simulación del contrato, y en todo caso porque la concursada había manifestado que el contrato expiró en febrero de 2012.

9. La concursada insiste en su recurso en que el contrato es (o era) real y no ficticio, y se convino con la aquiescencia de BANKIA a fin de obtener ingresos con los que sufragar las cuotas del préstamo hipotecario.

La AC puso de manifiesto en su informe (enero de 2012) ciertos datos que hacían sospechar de la veracidad del contrato de arrendamiento: a) TEL. EMP., S.L. es una sociedad meramente patrimonial, que no ha tenido actividad económica alguna, y figuraba en Hacienda como una sociedad inactiva hasta un día antes de ser presentada la solicitud de concurso (el 29 de julio de 2011), según refleja el documento 20 aportado con la solicitud de concurso; b) los socios de TEL. EMP., S.L., el Sr. M.A.C. y su esposa Sra. Moreno, tienen fijado su domicilio en dicha vivienda según resulta del poder para pleitos otorgado el 25 de julio de 2011 por la administradora única Sra. Moreno, de la escritura que eleva a

públicos unos acuerdos sociales otorgada el 11 de enero de 2007, de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 7 de febrero de 2007 y de la escritura de novación de fecha 30 de junio de 2009; c) la subasta de la finca, acordada en el procedimiento de ejecución hipotecaria, estaba señalada para el día 30 de junio de 2011, y dos días antes es cuando TEL. EMP., S.L. opuso la existencia del contrato de arrendamiento (supuestamente suscrito el 28 de marzo de 2011), presentando la solicitud de concurso el 29 de julio; d) la AC no ha podido localizar en la finca al supuesto inquilino Sr. A.L., y el número de teléfono móvil de esta persona proporcionado por la agencia no corresponde a ningún usuario; e) no se ha justificado el pago a la concursada de ninguna cantidad en concepto de renta.

Por ello, concluía la AC, **no hay debida constancia de la existencia del arrendamiento, ni de rendimiento económico para la concursada derivado de un arrendamiento, por lo que no puede entenderse que la finca esté afecta a la actividad empresarial o económica de la concursada.**

10. Valorados en su conjunto, son datos elocuentes que ponen en entredicho la real existencia de un arrendamiento a favor de un tercero que paga una renta y proporciona así un rendimiento a la sociedad concursada por la explotación de su único activo. Pero en todo caso, la concursada admite que el contrato de arrendamiento finalizó en febrero de 2012 (precisamente, de ser veraz el recibo aportado, al cumplirse los diez meses de renta que el supuesto inquilino abonó a la firma del contrato), según expone la demanda (pág. 2), por abandono del inquilino, y no se afirma que haya sido arrendada de nuevo. En un escrito presentado en marzo de 2012 (f. 142) la concursada reitera que el contrato de arrendamiento terminaba en febrero de ese año y que Engel Völkers había manifestado que existía otro posible inquilino a la espera de entrar. Posteriormente, en un escrito presentado el 26 de abril (f. 147) la concursada admite que a esa fecha el contrato ha terminado y que la AC no ha autorizado un nuevo contrato de arrendamiento. Así mismo, de ser veraz el recibo de renta de 10 mensualidades, la concursada no ha acreditado que desde febrero de 2012 haya percibido renta arrendaticia alguna por el alquiler de la vivienda.

Es significativo, por cierto, que nadie ha alegado en las actuaciones que, tras finalizar el arrendamiento en febrero de 2012, el supuesto inquilino Sr. A.L. haya reclamado a la arrendadora concursada la devolución de la fianza (12.000 € a tenor de la copia de recibo que fue aportado por la concursada, y 18.000 € según la propia concursada).

Debe tenerse presente a estos efectos que la sociedad concursada no ha desarrollado actividad económica alguna, más que la mera tenencia de la finca, y que el concurso se dirige a la liquidación, siendo el inmueble el único activo.

En consecuencia, el auto de 12 de abril de 2012, que declara la **no afección de la finca a la actividad de la concursada, es correcto, ya que a esa fecha no existía ningún contrato de arrendamiento, ni la vivienda proporcionaba un rendimiento a la concursada.**

QUINTO. 11. Desestimados los dos recursos, deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 272/2013, de **26 de Junio de 2013.**

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Con la Reforma de la Ley Concursal de 2011, la nueva redacción del artículo 50 LC, excluye o decae la **acción directa** con la sola declaración de concurso. Por tanto, el crédito objeto de la acción habrá de integrarse en la masa activa y el subcontratista carecerá de cualquier preferencia sobre ese derecho.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- En el concurso de ELAB. FER., S.A., declarado por auto de fecha 12 de febrero de 2012, la demandante FER. UTE S.A. promovió expediente de consignación judicial contra la concursada y contra cuatro entidades (TRANS. MEN., S.L., ACC. FIJ., S.L., HIER. MARC., S.A. y GRU. SER., S.A.) que habían formulado reclamación extrajudicial al amparo de lo dispuesto en el artículo 1597 del Código Civil. Según relató en la demanda, la concursada ELAB. FER., S.A. y la actora suscribieron el 11 de enero de 2011 un contrato para la ejecución de la estructura metálica de una obra denominada "VARIANTE DE FERRERIAS", en la localidad de Menorca, de la que FER. UTE S.A. era la contratista principal (documento uno de la demanda). La actora adeuda a la concursada 182.283,15 euros –suma consignada-, de los que 172.050,84 euros se corresponden con la última factura emitida por ELAB. FER., S.A. (documento cuatro de la demanda) y 10.232,31 en concepto de retenciones (documento cinco).

Al sucederse las reclamaciones extrajudiciales de subcontratistas de la concursada, la demandante consignó en el Juzgado el importe de la deuda y solicitó se declarara bien hecha la consignación y se cancelara la obligación.

SEGUNDO.- Emplazadas las demandadas por un plazo de diez días, comparecieron en el incidente efectuando las siguientes alegaciones:

1. ACC. FIJ., S.L. alegó que remitió burofax el 16 de noviembre de 2011 a FER. UTE S.A., en ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil, reclamando 17.789,19 euros, por lo que el crédito que ostentaba la concursada frente a la actora ya no formaba parte de la masa activa del concurso.
2. HIER. MARC., S.A. alegó que la concursada le adeudaba 273.416,59 euros. Además de haber ejercitado la acción directa por burofax remitido el 16 de noviembre de 2011, adujo que le fue cedido un crédito que ostentaba ELAB. FER., S.A. frente a FER. UTE S.A., por importe de 166.000 euros (documento dos y tres aportados junto a su escrito de contestación), suma que debía serle entregada con preferencia al resto de los subcontratistas.
3. TRANS. MEN., S.L., por su parte, alegó que reclamó a la demandante el 10 de noviembre de 2011 la cantidad de 19.729,60 euros, también en ejercicio de la acción directa, suma que le debe ser entregada con preferencia al resto de los subcontratistas por haber ejercitado la acción en primer lugar.
4. Por último GRU. SER., S.A. también alegó que había ejercitado la acción directa contra el dueño de la obra mediante burofax fechado el 4 de enero de 2012, por un importe de 25.724,20 euros, suma que le debe ser entregada.

La administración concursal se opuso a la pretensión de las subcontratistas e interesó que la cantidad consignada se integrara en la masa activa del concurso, al entender que con la nueva regulación de los artículos 50.3º y 51 bis de la Ley Concursal, modificados por la Reforma operada por la Ley 38/2011, la acción directa decae con la declaración de concurso.

TERCERO.- La sentencia de instancia, tras fijar la posición de las partes, declara bien hecha la consignación, si bien ordena la integración de la suma consignada en la masa del concurso. Al entender del *juez a quo*, para que la acción directa se tenga por ejercitada no basta con un mero burofax o el requerimiento extrajudicial de pago, sino que es necesaria la interposición de una verdadera acción judicial, máxime tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011.

La sentencia es recurrida por TRANS. MEN., S.L., que insiste en los mismos argumentos esgrimidos en su escrito de contestación. Añade en el recurso que, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, es posible ejercitar la acción directa mediante una reclamación extrajudicial, como así hizo antes de declararse el recurso.

HIER. MARC., S.A. se opuso al recurso e impugnó, a su vez, la sentencia, en tanto en cuanto ordena se integre la cantidad consignada en la masa activa. Reitera del mismo modo los argumentos de la contestación, esto es, que en su caso, además de haber ejercitado la acción directa, le fue cedido por la concursada un crédito frente a FER. UTE S.A. por importe de 166.000 euros, que le han de ser entregados con preferencia al resto de los demandados.

La administración concursal y la concursada se oponen al recurso, solicitando se confirme la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Las partes no cuestionan el trámite escogido por la demandante y la procedencia de la consignación, limitándose el conflicto al destino que debe darse a la suma consignada. TRANS. MEN., S.L. S.L. se apoya en la doctrina de esta misma Sala, sentada a partir de la sentencia de 2 de marzo de 2006, para sostener que debe entregársele 19.729,60 euros con preferencia a cualquier otro acreedor. En aquella sentencia analizamos el tratamiento de la **acción directa del artículo 1.597 del Código Civil en el concurso y concluimos que el precepto no exige como requisito ineludible, para tener por ejercitada la acción, una demanda judicial, pues basta con una reclamación extrajudicial.** Por tanto, si mediaba un requerimiento de pago fehaciente al dueño de la obra antes de la declaración del concurso, habría que entender que la deuda del contratista principal ya se había desplazado desde el patrimonio de la concursada –el subcontratante- al del subcontratista, todo ello por mor de una decisión legislativa que pretendía proteger, en los casos de insolvencia, a quien puso el trabajo y el material.

Sin embargo la situación cambia radicalmente **con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal.** Con el propósito manifiesto de hacer efectiva la reducción de preferencias y privilegios en situaciones concursales, el artículo 50 establece en su apartado tercero que *“los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos en el artículo 1.597 del Código Civil”,* acordándose la nulidad de todo lo actuado en caso contrario. La norma se completa con el artículo 51 bis, introducido también con la Reforma de 2011, que declara la suspensión de los procedimientos pendientes en los que se haya ejercitado la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil.

Se trata, en definitiva, de normas procesales con un inequívoco contenido material. Si la acción directa no puede llevarse a efecto, una vez declarado el concurso del contratista o deudor principal, mediante la interposición de la correspondiente demanda ante los Juzgados competentes, ello significa que **la acción directa queda excluida o decae por la sola declaración de concurso. El crédito objeto de la acción, por tanto, habrá de integrarse en la masa activa y el subcontratista carecerá de cualquier preferencia sobre ese derecho.** Decimos que las normas tienen un contenido material o sustantivo, por cuanto, lógicamente, si el crédito ha de considerarse como un activo más en el concurso, no puede acogerse la pretensión del subcontratista por mucho que se postule ante el Juez de lo Mercantil y aprovechando el expediente de consignación promovido por el dueño de la obra.

En ese sentido nos hemos pronunciado en la reciente sentencia de 10 de junio de 2013 (Rollo 93/2013), en la que declaramos que *“la Ley 38/2011 ha venido a vaciar de contenido o dejar sin efecto la acción directa del artículo 1597 CC, una vez que el contratista ha sido declarado en concurso, por más que el subcontratista haya reclamado judicial o extrajudicialmente al promotor de la obra antes de la declaración de concurso del contratista. No nos corresponde enjuiciar la bondad del nuevo tratamiento, que persigue, sin duda, como también expone la sentencia impugnada, evitar la salida de bienes de la masa activa del concurso para pagar a determinados acreedores concursales –los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista- con afectación del principio de igualdad entre los acreedores (par condicio creditorum).”*

En definitiva, **dado que el concurso se declaró tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida en tanto en cuanto declara que la suma consignada se integre en la masa activa del concurso.**

TERCERO.- HIER. MARC., S.A. impugna la sentencia y alega, junto al ejercicio de la acción directa mediante burofax enviado el 21 de noviembre de 2011, que le fue cedido un derecho de cobro frente a la UTE por importe de 166.000 euros. Su situación, por tanto, diferiría de la del resto de subcontratistas.

Pues bien, en cuanto a la acción directa la rechazamos por los argumentos expuestos en el fundamento anterior. Y, por lo que se refiere a la cesión de crédito, también la rechazamos, dado que no podemos tener por acreditada la cesión del crédito y mucho menos que fuera notificada al acreedor. En efecto, la apelante deduce la cesión del documento dos aportado con su contestación (folio 105). En él, un representante de HIER. MARC., S.A., con el visto bueno de la concursada, se dirige el 31 de julio de 2011 al Director de la FER. UTE S.A. en los siguientes términos: *"le comunico que toda la chapa de la obra de San Patricio de Ferreries (Menorca) ha sido adquirida a la empresa HIER. MARC., S.A., y con el fin de cancelar parte de la deuda que tenemos con esta empresa de los mencionados materiales queremos ceder 166.000 euros (IVA incluido) de nuestro crédito a HIER. MARC., S.A., que se descontará de las certificaciones que emita nuestra empresa ELAB. FER., S.A. en los meses de agosto y septiembre de 2011. Nuestra propuesta es que esta cantidad se abone mediante un pagaré a 180 días fecha de cada una de nuestras certificaciones, hasta completar los 166.000 euros. Con el fin de no modificar nuestro contrato, el pagaré puede ir a nombre de ELAB. FER., S.A. y endosado a HIER. MARC., S.A."*

Esto es, el crédito que se afirma cedido es el correspondiente a las certificaciones de obra de los meses de agosto y septiembre de 2011. Por el contrario, el crédito consignado por la demandante es el correspondiente a la liquidación final (documento cuatro de la demanda, al folio 24), fechada el 31 de enero de 2012, a la que se refiere el apartado c) de la estipulación quinta del contrato de obra (documento uno). No aceptamos en definitiva, por cuanto no se ha acreditado, que el crédito supuestamente cedido se corresponda con el consignado.

Además, la cesión del crédito se anuncia que se llevaría a cabo mediante el endoso de un pagaré que la demandante debería extender a favor de la concursada. El pagaré no se llegó a firmar –o no consta que lo fuera- y, por tal motivo, tampoco operó la cesión del crédito.

Por otro lado, si la cesión del crédito hubiera tenido lugar, ningún sentido tendría que el 21 de noviembre de 2012 la propia HIER. MARC., S.A. ejercitara la acción directa, omitiendo cualquier referencia a la cesión.

En consecuencia, debemos desestimar la impugnación del recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

CUARTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, que se han acrecentado con la Ley 38/2011, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 359 / 2013, de 16 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Antes de la introducción de los arts. 51 bis.2 y 50.3 LC en la Reforma de 2011, el criterio, respecto de la **acción directa** del art. 1587 CC era que, si se hubiera ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso, el crédito de la contratista concursada frente a la dueña de la obra debía ser excluido del inventario pues desde el momento de su ejercicio, con anterioridad a la declaración del concurso, el crédito se había desplazado al patrimonio del subcontratista (que ha aportado a la obra su trabajo "o" materiales), sin que, por tanto, pueda integrar la masa activa.

Notas: Referencia a la STS de 8 de julio de 2011, pero advirtiendo que se trata de un supuesto de hecho diferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La actora, ANT., S.A., solicitaba en su demanda incidental que fuera declarado su “derecho preferente al cobro” de la cantidad total de 100.828,59 € en el concurso de A.I.R., S.L., consignada en otros juzgados, como consecuencia de haber ejercitado, extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración de concurso, la acción directa que prevé el art. 1597 del Código Civil a favor del subcontratista.

La sentencia desestimó la pretensión y contra ella apela la actora.

2. Los hechos básicos de la pretensión, e incontrovertidos en las actuaciones, son relatados con claridad por la sentencia apelada:

- La promotora FIR., S.A. encargó a SOG., S.A., como contratista principal, la ejecución de la obra denominada “FIR., S.A. Pabellones 5 y 7”;
- SOG., S.A. subcontrató a la concursada A.I.R., S.L. para la ejecución de parte de dichas obras;
- CON. TEL., S.L. suministró a A.I.R., S.L. material para dicha obra, que no fue pagado;
- el 4 de marzo de 2011 CON. TEL., S.L., invocando su condición de subcontratista de A.I.R., S.L., dirigió a SOG., S.A. un requerimiento en ejercicio de la acción directa del art. 1597 CC, reclamando el pago de 183.330,89 €;
- el abogado de SOG., S.A. contestó el requerimiento mediante carta de 15 de marzo de ese año, en la que se oponía inicialmente el pago alegando que CON. TEL., S.L. sólo había aportado materiales y no trabajo, y solicitaba justificación de que en CON. TEL., S.L. concurrían los requisitos exigidos por el art. 1597 CC;
- por auto de 25 de marzo de 2011 fue declarado el concurso voluntario de A.I.R., S.L.;
- mediante contrato de fecha 4 de mayo de 2011, CON. TEL., S.L. cedió a la actora ANT., S.A. un crédito por importe total de 183.330,89 € que ostentaba frente a A.I.R., S.L., a cambio de precio (abonado mediante compensación);
- el 19 de septiembre de 2011 SOG., S.A. comunicó a CON. TEL., S.L. que, ante la concurrencia de varias personas que reclaman el pago, había consignado la suma de 63.692,99 € ante el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona, y el importe de 37.135,60 € ante el Juzgado de la misma clase nº 41 (en total 100.828,59 €);
- uno y otro juzgado dictaron respectivas resoluciones teniendo por bien hecha la consignación y acordando la retención de los importes hasta que se dirima el conflicto entre los posibles acreedores.

3. La concursada no planteó oposición a la pretensión. La AC manifestó en su escrito de contestación que quien había comunicado el crédito en el concurso de A.I.R., S.L. era CON. TEL., S.L., si bien tenía por acreditada la subrogación de ANT., S.A. y tomaba nota a la hora de redactar los textos definitivos.

Añadía la AC que los arts. 51 bis.2 y 50.3 LC, introducidos por la Ley de reforma 38/2011, impedían la pretensión de ANT., S.A.

SEGUNDO. 4. El derecho de ANT., S.A. al cobro de la suma que pretende por aplicación del art. 1597 CC, por lo tanto, es derivativo, por virtud de la cesión de crédito otorgada por CON. TEL., S.L., que sería el subcontratista titular originario de la acción, en cuya posición y derecho se ha subrogado ANT., S.A. Los requisitos exigidos por el citado precepto deben concurrir, por tanto, en la posición de CON. TEL., S.L. en la cadena constructiva.

Hay que advertir que, por razones temporales, no resultan aplicables al presente supuesto los nuevos artículos 51 bis.2 y 50.3 de la LC, introducidos por la Ley 38/2011.

TERCERO. 5. La sentencia desestimó la demanda por no reconocer a CON. TEL., S.L. la condición de subcontratista legitimado para el ejercicio de la acción directa que prevé el art. 1597 CC, por razón de que CON. TEL., S.L. se limitó a suministrar materiales para la obra que ejecutaba A.I.R., S.L., sin poner trabajo. Interpreta, de este modo, con apoyo en la STS de 8 de julio de 2011, que el precepto no ampara a quienes únicamente ponen o suministran materiales.

6. Esta es la cuestión jurídica que se traslada a la segunda instancia, resultando incontrovertido (o por lo menos no combatido eficazmente) el hecho de que CON. TEL., S.L. suministró materiales para la obra, pero no trabajo o servicios de instalación o constructivos.

El recurso de ANT., S.A. no rebate que CON. TEL., S.L. se limitara a suministrar materiales, sino que sostiene que, conforme a nuestra jurisprudencia, debe reconocerse la acción del art. 1597 CC al suministrador o proveedor de material que es empleado en la obra (si bien las citas de resoluciones que ofrece no son significativas ni decisivas a estos efectos).

La AC en su escrito de oposición al recurso, se limita a sostener la interpretación de la sentencia apelada, con apoyo en la citada STS de 8 de julio de 2011.

7. Se plantea, por tanto, en esta instancia, como única cuestión debatida a la que debe referirse la sentencia de apelación (art. 465.4, actual art. 465.5 LEC), la de la legitimación *ad causam* del suministrador o vendedor de materiales para ser empleados en una obra.

CUARTO. 8. La sentencia apelada basa el criterio que adopta en la doctrina que sienta la STS de 8 de julio de 2011 (EDJ 2011/146928), e interpreta que el art. 1597 CC únicamente ampara al subcontratista que ha contribuido a la obra ajena con su trabajo e industria, con suministro o no de material, en consonancia con la definición del contrato de obra que contiene el art. 1588 CC: *"Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material"*. En este último supuesto, si sólo suministra el material, no sería propiamente un contrato de obra, en el que lo esencial es que el contratista aporte el trabajo necesario para su realización; por ello –sería la conclusión-, el art. 1597 CC no se aplica a los meros proveedores de materiales para la obra.

9. La citada STS de 8 de julio de 2011 resuelve en casación un supuesto sobre el ejercicio de la acción directa (por el tercero de la cadena) en el siguiente contexto:

La sociedad (E), como "compradora", suscribió un contrato de "suministro de aerogeneradores" (torres eólicas) con la sociedad (L), que interviene en el contrato como "vendedora". (L), que se dedica a la fabricación y distribución de aerogeneradores, se obliga a suministrarlos, comprometiéndose a transportar los aerogeneradores, a supervisar la instalación, puesta en marcha y puesta en operación. La "vendedora" (L), a su vez, encarga, mediante un contrato de obra, a un tercero (H), demandante en el litigio y recurrente en casación, la construcción de las torres eólicas, quedando impagada una parte del precio. (H) ejercitó la acción directa contra (E).

El recurso de casación del demandante (H) –relata la STS- plantea, entre otras cuestiones, la aplicación de la acción directa del artículo 1597 del CC sobre la base de que aquel contrato inicial [el de suministro de aerogeneradores entre (E) y (L)] no es un contrato de compraventa, sino que tiene la calificación jurídica de contrato de obra, por lo que debe aplicarse el art. 1597 CC.

La STS, tras advertir que la interpretación y calificación del contrato corresponde al tribunal de instancia, que lo había calificado como compraventa, confirma que se trata de *"un contrato de suministro, como variedad de la compraventa, por el que el vendedor entrega la cosa y el comprador paga el precio en momentos sucesivos hasta completar el objeto del contrato (el parque eólico en este caso), contrato al que debe aplicarse las normas del contrato de compraventa (sentencias de 28 de febrero de 1996, 3 de abril de 2003)"*.

Prosigue razonando que *“las sentencias que cita el motivo del recurso son atendibles, pero no se aplican al presente caso en que el texto literal y la intención de las partes indican claramente que han celebrado un contrato de compraventa, en que (E) es comprador y (L) es el vendedor, distinto al contrato de obra entre esta última como dueña de la obra y (H) como contratista”*.

Consecuencia de ello –concluye la STS- es que **la acción directa que prevé el artículo 1597 del Código civil, que (H) pretendía en la demanda e insiste en el recurso de casación, “no es aplicable porque no hubo contrato de obra entre (E) y (L) sino de suministro, variante de la compraventa”,** por lo que desestima el recurso, confirmando la desestimación de la demanda de (H).

10. Se advierte que el supuesto de hecho que contempla esta STS, determinante de que no se reconociera al recurrente (H) la acción directa del art. 1597 CC, es diferente al que concurre en el presente caso. En aquél, **quien ocupaba el primer eslabón de la cadena (E), que habría de ser el promotor o dueño de la obra, no había concertado un contrato de ejecución de obra con el siguiente eslabón (L) sino un contrato de compraventa, lo que impedía que (H), subcontratado por (L) para fabricar los aerogeneradores mediante un contrato de obra, tuviese acción directa, de conformidad con el art. 1597 CC, contra (E), ya que no existía un contrato de obra entre quienes ocupaban los anteriores eslabones; es decir, (H) puso su trabajo y materiales para una obra contratada con (L), pero ésta, a su vez, no era “contratista”, no había concertado un contrato de obra (no cabe ya comentar, por tanto, el requisito del “ajuste alzado”) con quien le había contratado (E), sino de compraventa.**

Faltaba por tanto el requisito de un contrato de obra (ajustado alzado) entre quien habría de ser “contratista” (L) por virtud de un contrato de obra con el anterior eslabón de la cadena de contrataciones (E).

11. El supuesto de hecho que aquí contemplamos es esencialmente distinto, y esa diferencia impide que se le pueda dar el mismo tratamiento que el que otorga la referida STS.

CON. TEL., S.L. suministró materiales para una obra cuya ejecución la concursada A.I.R., S.L. había asumido frente a SOG., S.A., mediante subcontratación, y SOG., S.A. era la contratista principal (no se discute) de la ejecución de la obra “FIR., S.A. Pabellones 5 y 7”, contratada por la promotora FIR., S.A. Es decir, entre el primer y segundo eslabón de la cadena existe un contrato de obra, y entre el segundo (SOG., S.A.) y el tercero (A.I.R., S.L.) también (insistimos, no se ha discutido), y CON. TEL., S.L. ha puesto materiales en esa obra por encargo de A.I.R., S.L..

No cabe, por ello, aplicar la doctrina de la STS de 8 de julio de 2011. Debemos atender, en este contexto, a la jurisprudencia sobre la legitimación *ad causam* para el ejercicio de la acción directa del art. 1597 CC a fin de determinar si procede reconocerla a quien no puso trabajo o industria en la obra, sino sólo materiales.

12. Una interpretación estrictamente gramatical del art. 1597 CC puede llevar a la conclusión de que sólo pueden ejercitar la acción directa que reconoce dicho precepto los que aportan a la obra ambas cosas, trabajo y materiales (“los que ponen su trabajo y materiales en una obra...”). Pero esta interpretación, determinada por la conjunción “y”, en lugar de “o”, ha sido superada por doctrina y jurisprudencia para entender que son titulares de la acción directa los que ponen su trabajo “o” los que ponen materiales (son los llamados “materialistas” en la obra ajena).

Así lo advierten, entre otras, las sentencias de esta Audiencia Provincial de 7 de febrero de 1997 (Sección 16ª): *“Por lo que respecta a la legitimación activa de FRC, puesta en tela de juicio (...) en atención a su mera condición de materialista, siendo así que la letra del artículo 1597 del Código Civil alude a «los que ponen su trabajo y materiales en una obra», es una cuestión que ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 junio 1920, 29 junio 1936 [RJ 1936\1491], 7 febrero 1968 [RJ 1968\826] y 17 junio 1974 [RJ 1974\3257]) en el sentido preconizado por el demandante, tras constatar*

que carece de sentido concebir la acción directa ex artículo 1597 CC como de aplicación exclusiva al trabajo manual y finalidad protectora del salario, puesto que la finalidad del Legislador es la de instituir «la acción en favor y garantía del trabajo en sus varias acepciones o formas remuneratorias, bien persiga el lucro estricto del salario u otro más amplio compensador de aptitudes, riesgo o esfuerzo». Y la de 2 de noviembre de 2004 (Sección 1ª): “No es posible una interpretación literal del art. 1597 CC que limite sólo a los subcontratistas de obra «y» material el beneficio legal, como muestra la doctrina, porque la evolución histórica de la institución muestra que también los «materialistas» han venido en disfrutar del beneficio legal”.

La STS de 7 de febrero de 1968 (además de las más antiguas ya citadas) resuelve sobre el ejercicio de la acción directa por el suministrador de materiales frente a contratistas y promotores, e indica que *“el previsto en el art. 1597 de dicho Código es uno de los casos de extensión o propagación de la responsabilidad (específica) patrimonial por deuda ajena, en la modalidad específica de responsabilidad legal de tercero cuantitativamente limitada, puesto que, con arreglo a tal precepto, el dueño de una obra ejecutada a tanto alzado responde de lo que adeuda el contratista a los que pusieron los materiales en aquélla, hasta la cantidad que el comitente adeuda a su vez al empresario cuando se haga la reclamación por los «materialistas», en cuyo concepto especial, ni la obligación se distribuye en partes iguales entre el contratista y el dueño de la obra, ni cada uno de ellos está solamente obligado al pago parcial, sino que, por el contrario, uno y otro responden indistintamente o «in solidum», si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma discutida”.*

La STS de 6 de junio de 2000 se refiere a la interpretación del art. 1597 CC *“para resaltar su eficacia protectora de los derechos del último eslabón de la cadena, formado por quienes al fin y a la postre, poniendo su trabajo “o” sus materiales, son los verdaderos artífices de la obra y no ven satisfechos sus créditos por aquel que directamente les hubiera contratado”. Añade, recogiendo la doctrina jurisprudencial que “el tercero a quien el artículo 1597 explícitamente concede la acción directa (...) se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo “o” material o también, como subcontratista. Lo cual ya lo han aclarado sentencias anteriores, como las de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1698) , 29 de abril de 1991 (que emplea la expresión “subempresarios”) y 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7479)”.*

La STS 29 de mayo de 2006, interpretando el art. 1597 CC, indica que *“la propia dicción del indicado precepto parte de estimar que la garantía de la acción implícita en el mismo, está limitada a la propia obra que ha generado el crédito realizable, no a otras, aunque afecten a las mismas partes, al referirse, pues, a una concreta «obra ajustada alzado por el contratista», que es sobre la que sólo la garantía puede incidir, con base en la acción directa del subcontratista (identificado, en su amplitud, también, con trabajadores y materialistas) concertado por el último para una concreta (o varias) especialidad (...)”.*

La STS de 12 de febrero de 2008 expresa que *“la aplicación del artículo 1597 exige la existencia de un crédito de los que ponen el trabajo “o” los materiales, nacido precisamente de la prestación del trabajo o los servicios en la obra o de los suministros de materiales para la obra...”.*

La de 25 de abril de 2013 señala que *“Se ha ejercido en el presente proceso la acción directa que contempla el artículo 1597 del Código civil para el contrato de obra, que se concede al tercero que pone su trabajo “o” material frente al dueño de la obra, constituyendo una excepción al principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1257 del Código civil (...)”.*

(Los subrayados y el entrecorillado de la conjunción “o” son nuestros).

13. En consecuencia procede reconocer la acción directa a favor de CON. TEL., S.L., en cuya posición y derecho se ha subrogado la actora ANT., S.A., frente a SOG., S.A., comitente de la concursada A.I.R., S.L., por razón del suministro de materiales para la obra cuya dueña es FIR., S.A.

No se ha cuestionado la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el art 1597 CC, de modo que debemos aceptar la existencia de una obra ajustada alzado entre SOG., S.A. y A.I.R., S.L., así

como la existencia del crédito de la segunda frente a la primera (100.828,59 €, consignados en los juzgados citados, importe al que se limita la reclamación).

14. Tampoco se ha discutido la eficacia de la acción directa del subcontratista frente al concurso de la contratista A.I.R., S.L. si ha sido ejercitada, aunque sea extrajudicialmente, con anterioridad a la declaración del concurso, conforme al criterio que hemos venido manteniendo desde nuestra sentencia de 2 de marzo de 2006 (antes de la introducción de los arts. 51 bis.2 y 50.3 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, inaplicable al caso presente por razones temporales). En tales supuestos hemos considerado que el crédito de la contratista concursada frente a la dueña de la obra debe ser excluido del inventario pues desde el momento del eficaz ejercicio de la acción directa, con anterioridad a la declaración del concurso, ese crédito se había desplazado al patrimonio del subcontratista, sin que, por tanto, pueda integrar la masa activa.

15. Procede en consecuencia estimar la demanda y declarar que, en la pugna entre la masa de A.I.R., S.L. y la actora ANT., S.A. por las sumas consignadas por SOG., S.A. en los Juzgados de Primera Instancia 32 y 41, tiene derecho preferente al cobro la aquí actora, ANT., S.A., lo que dará lugar a las pertinentes modificaciones en los textos definitivos (inventario y lista de acreedores).

QUINTO. 16. En todo caso son apreciables serias dudas de derecho en cuanto a la resistencia al concurso de la acción directa ejercitada con anterioridad a su declaración, bajo la vigencia de la LC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, lo que justifica que no hagamos imposición de las costas (art. 394.1 LEC).

Estimado el recurso tampoco procede la imposición de las costas en esta instancia (art. 398.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 275/2013, de 3 de Julio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: **Acción de separación del artículo 80 LC.** Compete al juez del concurso decidir el tratamiento concursal que corresponde dar a un pronunciamiento judicial que ordena entregar a un tercero bienes o derechos que se han integrado en la masa activa, y cuya ejecución provisional, acordada con anterioridad a la declaración de concurso, fue inmediatamente suspendida por mandato del art. 568 LEC, que, en consonancia con el art. 8.3 y art. 55.2 LC, traslada la competencia al juez del concurso.

El sistema de **apelación diferida**, determina que *la reproducción de la cuestión en la apelación más próxima*, es decir, el planteamiento formal de la impugnación, se realice dentro del plazo para apelar la resolución *vehicular*.

La obligación de aportar a otra sociedad los derechos audiovisuales que se adquirieron de los titulares originarios, implica una declaración de voluntad negocial. Sin embargo, no son susceptibles de **ejecución provisional** las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad (525.1.2º LEC). Ello implica la ausencia de uno de los requisitos de la **acción de separación** del artículo 80 LC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. AUD. SPO., S.L. ejercitó en su demanda incidental la acción de separación que prevé el art. 80 de la Ley Concursal (LC), reclamando la entrega de los derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol que ostenta y retiene la concursada MED., S.L., por haber sido condenada a *aportarlos* a

AUD. SPO., S.L. por sentencia de fecha 15 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid (en el procedimiento ordinario 1052/2007), cuya ejecución provisional fue despachada y seguidamente suspendida por la existencia del procedimiento concursal.

La sentencia del juzgado mercantil desestimó la pretensión por considerar que la falta de firmeza de aquella sentencia (que ha sido objeto de recurso de apelación) impide apreciar uno de los requisitos de la acción de separación, cual es que el concursado no tenga derecho de uso, garantía o retención sobre los bienes cuya separación se pretende.

Frente al recurso de apelación de AUD. SPO., S.L., la concursada MED., S.L. opone con carácter previo su inadmisibilidad, por haber sido interpuesto fuera de plazo.

SEGUNDO. 2. El argumento de inadmisión de la apelación es el siguiente.

Siendo aplicable el sistema de apelación diferida que diseña el art. 197.4 LC (*reproducción de la cuestión en la apelación más próxima*), AUD. SPO., S.L. debió utilizar como resolución *vehicular* (apelación más próxima) la sentencia que decidió la oposición a la aprobación del convenio, dictada en fecha 23 de diciembre de 2011. AUD. SPO., S.L. planteó una solicitud de aclaración y complemento referida a esta sentencia, por lo que quedó interrumpido el plazo para interponer la apelación contra la misma (art. 215.4 LEC); la solicitud fue desestimada por auto de 10 de enero de 2012, y a continuación se interpuso la apelación contra la sentencia dictada en el presente incidente.

Entiende MED., S.L. que la interrupción del plazo se produjo única y exclusivamente respecto de la sentencia de 23 de diciembre de 2011, sin que pueda extenderse a otras apelaciones distintas, que no fueron objeto de solicitud de aclaración y complemento, pues respecto de éstas no existe fundamento legal para la interrupción.

3. El sistema de apelación diferida, como se ha venido en llamar al mecanismo de acceso a la segunda instancia diseñado por el art. 197.4 LC (anterior a la reforma de la Ley 38/2011), determina que *la reproducción de la cuestión en la apelación más próxima*, es decir, el planteamiento formal de la impugnación, se realice dentro del plazo para apelar la resolución *vehicular* (aquella que se utiliza para trasladar a la segunda instancia la decisión judicial contra la cual no se da la apelación directa e inmediata).

Significa que el apelante de la anterior decisión judicial (la protestada, conforme al art. 197.4 LC) queda sujeto al plazo de apelación de la resolución judicial que se utiliza como vehículo, aquí la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011. Si este plazo queda interrumpido por haber sido planteada una solicitud de aclaración y complemento, por así disponerlo el art. 215.4 LEC, no hay razón legal para disociar el plazo legal y distinguir en tal supuesto dos plazos con vida paralela (el de apelación contra la resolución protestada y el de apelación contra la resolución vehicular), pues en ningún momento han existido dos plazos para formalizar el recurso de apelación, sino uno solo.

Por ello, el recurso ha de considerarse interpuesto en el plazo legal, que es el que computaba con respecto a la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2011.

TERCERO. 4. La controversia planteada en el presente incidente deriva de la ejecución provisional de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2010 dictada por el JPI nº 36 de Madrid en el procedimiento ordinario nº 1052/2007, que resuelve un litigio promovido por AUD. SPO., S.L. contra MED., S.L. con motivo del cumplimiento del contrato suscrito por ambas partes el 24 de julio de 2006.

A) En dicho contrato las partes acordaban, en síntesis: (i) la cesión en exclusiva por parte de MED., S.L. a AUD. SPO., S.L. de los derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol (relacionados en el expositivo 2), de los que la primera era titular por haberlos adquirido de los clubes, para determinadas temporadas; (ii) la cesión en exclusiva por parte de AUD. SPO., S.L. a MED., S.L. de determinadas formas de explotación de los derechos audiovisuales que ostentaba AUD. SPO., S.L. (relacionados en el

expositivo 1); (iii) la entrada de MED., S.L. en el capital social de AUD. SPO., S.L., con una participación del 25 % y derecho a designar varios miembros del consejo de administración.

Además, en la cláusula quinta se pactaba que corresponde a AUD. SPO., S.L. la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol participantes en las competiciones de Liga de Primera y Segunda División distintos de los enunciados en los expositivos 1 y 2 (es decir, derechos diferentes de los que habían sido objeto de cesión) para las temporadas 2006/2007 y sucesivas, y la renovación al vencimiento de los contratos actualmente vigentes y de los contratos que se suscriban en cumplimiento del párrafo anterior.

B) AUD. SPO., S.L. interpuso una demanda contra MED., S.L., que fue tramitada y decidida por el JPI nº 36 de Madrid, en solicitud de varias condenas al cumplimiento de las cláusulas contractuales, entre ellas, la condena de MED., S.L. a "aportar" a AUD. SPO., S.L. los derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol, adquiridos por MED., S.L. con vulneración de la cláusula quinta del contrato, *"en las condiciones económicas que se determinarán, bien en la fase probatoria del juicio o bien en la de ejecución de sentencia"*.

MED., S.L. se opuso a la demanda negando los incumplimientos imputados y solicitó mediante reconvencción que se declarara la procedencia de la resolución del contrato, por desistimiento unilateral *ad nutum*. Entre otras defensas alegó que la cláusula quinta del contrato era nula por vulnerar el derecho de defensa de la competencia.

C) La sentencia del JPI nº 36 de Madrid constató que MED., S.L. había concertado en su propio nombre, durante el año 2006 y el primer semestre de 2007, contratos de adquisición de derechos audiovisuales con 39 clubes de fútbol, al margen de AUD. SPO., S.L. y con vulneración de la cláusula quinta del contrato, conforme a la cual corresponde a AUD. SPO., S.L. adquirir los derechos de los clubes de fútbol para las temporadas 2006 y 2007 y sucesivas.

Por ello, condena a MED., S.L. a "aportar" a AUD. SPO., S.L. los derechos audiovisuales de los clubes que relaciona en los guiones segundo y tercero del fallo, adquiridos por MED., S.L. con contravención de dicha cláusula quinta.

Tales derechos son los que AUD. SPO., S.L. solicita en su demanda incidental que sean separados de la masa y le sean entregados, por ser de su titularidad de acuerdo con el fallo de la sentencia.

D) Por auto del JPI de Madrid de fecha 21 de junio de 2010 se acordó la ejecución provisional de la sentencia, incluyendo expresamente en la orden de ejecución provisional *"la obligación de hacer, no hacer y entregar cosa distinta de dinero según los pronunciamientos de la sentencia, acordándose los requerimientos oportunos por el Secretario en la resolución correspondiente"*, y excluyendo los pronunciamientos declarativos.

El mismo día fue dictado un decreto por el Secretario judicial en el que se acordaban concretas medidas ejecutivas, entre ellas el requerimiento a MED., S.L. para que en el plazo de diez días "aporte" a AUD. SPO., S.L. los derechos audiovisuales de los clubes referidos en los guiones segundo y tercero del fallo de la sentencia, con los apercibimientos de los arts. 701, 706 y 709 LEC.

E) El concurso de MED., S.L. fue declarado por auto de fecha 22 de junio de 2010.

El 23 de junio fue dictado un decreto por el JPI de Madrid por el que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 568 LEC, se suspende la ejecución.

CUARTO. 5. AUD. SPO., S.L. pretende con su demanda, al amparo del art. 80 LC, la separación de la masa y efectiva entrega de los derechos audiovisuales relacionados en los guiones segundo y tercero del fallo de la sentencia del JPI de Madrid, invocando la titularidad que le reconoce la propia sentencia y la ejecutividad provisional de dicho pronunciamiento.

AUD. SPO., S.L. interpreta que las ejecuciones por titularidad real u oponible *erga omnes* o por el mejor derecho a poseer bienes o derechos, se tratan en el concurso por la vía de la separación (art. 80 LC), que no obedece sólo a situaciones de propiedad, sino a cualquier otra que signifique una posesión o un derecho a poseer prevalente sobre el que invoca el concursado. Lo que se pretende aquí es que, sobre la base del título judicial que declara el derecho de AUD. SPO., S.L. a la posesión de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol, se ejecute en el concurso dicho pronunciamiento dictado por aquel otro tribunal, que ha debido suspender la ejecución por imperativo del art. 568.1 LEC. La norma concursal –argumenta-, una vez paralizadas las ejecuciones singulares y traídas éstas al concurso para su tratamiento ordenado, no trata todos los supuestos de forma homogénea, sino que dispone diferentes regulaciones según estemos en presencia de ejecuciones de créditos (art. 55 LC), ejecuciones de garantías reales (arts 56 y 57 LC) y entrega de bienes de propiedad ajena (art. 80 LC). En el caso de que se ejercite una acción reivindicatoria fuera del concurso y de que prospere, corresponde al juez del concurso, por ser el competente, en la sede en la que se acumulan procedimentalmente todas las ejecuciones, proceder a darle cumplimiento, en el marco del art. 80 LC, sin que sea óbstáculo la falta de firmeza de la sentencia.

6. La sentencia del juzgado mercantil desestimó la pretensión por entender que no concurre el requisito negativo de la acción de separación, consistente en que el concursado no tenga un derecho de uso, garantía o retención sobre los bienes de propiedad ajena. Argumenta que la concursada MED., S.L. tiene un derecho sobre los bienes (derechos audiovisuales de determinados clubes de fútbol, en concepto de cesionaria temporal de los mismos), objeto del contrato de 24 de julio de 2006, cuyo incumplimiento ha dado lugar al litigio seguido en Madrid, sin que la sentencia haya ganado firmeza, por lo que, en tanto no se determine con fuerza de cosa juzgada que la concursada no tiene derecho alguno sobre tales bienes, falta el indicado requisito de la acción de separación.

SEXTO. 7. AUD. SPO., S.L. apela la decisión desarrollando los siguientes motivos:

a) Ha de ser eficaz en el concurso, por la vía de la acción de separación, el pronunciamiento judicial que determina la titularidad de AUD. SPO., S.L. sobre tales derechos audiovisuales, aunque no haya ganado firmeza; se trata de trasladar al presente incidente la ejecución de dicho pronunciamiento, que es provisionalmente ejecutivo, haciendo eficaz así la regulación del art. 80 LC sobre los bienes que son de titularidad ajena.

b) El juez mercantil carece de competencia objetiva y funcional para enjuiciar la ejecutividad provisional de la sentencia dictada por el JPI 36 de Madrid, que es el único competente para decidir sobre la ejecución provisional.

c) En todo caso, los pronunciamientos de dicha sentencia, cuya efectividad se pretende, pueden ser objeto de ejecución provisional conforme a la LEC.

d) Procedería aplicar en todo caso lo dispuesto en el art. 81 LC para los derechos audiovisuales ya consumidos y de imposible restitución a AUD. SPO., S.L..

8. La administración concursal defiende la decisión judicial, reiterando los argumentos que opuso en su día: a) la sentencia de 15 de marzo de 2010 no es firme, de modo que no otorga a AUD. SPO., S.L. un título de propiedad suficiente para la procedencia de la acción de separación; b) no cabe la ejecución provisional de dicha sentencia por la vía de la acción de separación; la ejecución provisional ha de quedar suspendida por virtud del art. 55 LC; c) no procede separar bienes adquiridos por medio de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

9. MED., S.L. basa su oposición, fundamentalmente, en que el pronunciamiento de la sentencia que ordena “aportar” los derechos audiovisuales referidos a AUD. SPO., S.L. no es ejecutable provisionalmente, de conformidad con el art. 525.1.2º LEC, pues supone la condena a emitir una

declaración de voluntad por parte de MED., S.L., y así ha sido resuelto en la sentencia que decide el incidente nº 102/2011 (sentencia de fecha 28 de junio de 2011, del mismo juzgado mercantil).

Valoración del tribunal

SÉPTIMO. 10. AUD. SPO., S.L. invoca como título que confiere el derecho de separación ex art. 80 LC la sentencia dictada por el JPI nº 36 de Madrid, concretamente el pronunciamiento (guiones segundo y tercero) de condena a entregar (“aportar” a AUD. SPO., S.L.) cosas distintas del dinero (derechos audiovisuales que MED., S.L. adquirió de los titulares originarios), junto con el auto que acuerda la ejecución provisional.

Coincidimos sustancialmente con el planteamiento de AUD. SPO., S.L. en lo que respecta al tratamiento concursal de este pronunciamiento de condena, que (no tratándose de una ejecución de garantía real ni de un derecho de crédito dinerario) no ha de quedar suspendido por el mero hecho de hallarse en estado de concurso la parte obligada a cumplirlo. Se trata, en efecto, de una condena que, en principio, posibilita la acción de separación de la masa activa, sobre la base de un título judicial que decide el mejor derecho de un tercero a poseer y explotar esos derechos. **La acción de separación es la vía adecuada para decidir el tratamiento en el concurso de la condena judicial a entregar bienes o derechos que se han integrado en la masa activa del concurso, y si la condena no es firme (pues pende la resolución del recurso de apelación contra aquella sentencia), la materia que se traslada al incidente en el que se promueve la separación es la procedencia de la ejecución provisional del pronunciamiento judicial, para lo cual el único competente es el juez del concurso.**

El JPI de Madrid dio estricto cumplimiento al mandato del art. 568 LEC: *el tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.* En tal situación, opera la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer y dar el tratamiento que corresponda a *“toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiere acordado”*, dispone el art. 8.3 LC.

Corresponde, por tanto, al juez del concurso decidir el tratamiento concursal que corresponde dar a un pronunciamiento judicial que ordena entregar a un tercero bienes o derechos que se han integrado en la masa activa, y cuya ejecución provisional, acordada con anterioridad a la declaración de concurso, fue inmediatamente suspendida por mandato del art. 568 LEC, que, en consonancia con el art. 8.3 y art. 55.2 LC, traslada la competencia al juez del concurso.

11. La suspensión de la ejecución fue acordada por el JPI de Madrid antes de que pudiera abrirse el plazo para plantear oposición a la ejecución provisional (oposición que permite el art. 527.3 LEC). En esta situación, si el tratamiento concursal del pronunciamiento de condena a entregar cosa distinta del dinero se viabiliza mediante la acción de separación ex art. 80 LC, sobre la base del despacho de ejecución provisional del mismo conforme a la LEC, es viable oponer en el incidente concursal de separación las causas de oposición a la ejecución que hubieran podido oponerse ante el juzgado que dictó la sentencia y acordó la ejecución provisional, motivos que a su vez podrán ser reconducidos a causas de oposición a la acción de separación, en atención a sus propios requisitos.

12. El art. 528.2.1º LEC indica que la oposición a la ejecución provisional podrá fundarse en que se hubiere despachado con infracción del artículo anterior, el cual, en su apartado 3, establece que el tribunal despachará la ejecución provisional salvo que se tratare de sentencia comprendida en el art. 525. Este último precepto, en el subapartado 2º del apartado 1, dispone que no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional *“las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad”*.

13. Entendemos que este es el supuesto que aquí concurre, que impide la ejecución provisional del pronunciamiento pretendido, e implica, tal como ha considerado el juez del concurso, la ausencia de uno de los requisitos de la acción de separación.

La sentencia del JPI nº 36 de Madrid condena a MED., S.L. a "aportar" a AUD. SPO., S.L. los derechos audiovisuales que la propia MED., S.L., en su propio nombre y para sí, adquirió de los titulares originarios, los clubes de fútbol, mediante los respectivos contratos con cada uno de ellos, sujetos a particulares condiciones de temporalidad y otros aspectos.

La sentencia considera que esa adquisición por parte de MED., S.L. vulneró la cláusula quinta del contrato de 24 de julio de 2006, que interpretó como un pacto entre operadores del mercado de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol que, con carácter indefinido, atribuía a uno de ellos (AUD. SPO., S.L.) el derecho a adquirirlos de sus titulares (pese a la denuncia, no tratada por la sentencia, de que se trata de un pacto contrario al ordenamiento de defensa de la competencia, tal como terminó declarando la Resolución, no firme, de la Comisión Nacional de Competencia de 14 de abril de 2010). Por razón de esa contravención contractual, la sentencia ordena a MED., S.L. rectificar su conducta en atención a lo pactado, que se tradujo en la condena a "aportar" a AUD. SPO., S.L. tales derechos adquiridos directamente por MED., S.L. de los titulares originarios.

Esa "aportación" habría de materializarse bien mediante bien la cesión por parte de MED., S.L. a AUD. SPO., S.L. de la posición contractual adquirida frente a los titulares originarios, es decir, mediante una "cesión de contrato", lo que puede originar dificultades en orden a la efectiva aportación o entrega de los derechos a AUD. SPO., S.L. (ya que puede que el contenido obligacional de tales contratos sea más amplio que el de una simple adquisición de los derechos audiovisuales, y no convenga a AUD. SPO., S.L.), o bien mediante un negocio de sublicencia que supone la cesión a AUD. SPO., S.L. del contenido estricto del derecho audiovisual de que se trate. Este último ha sido el mecanismo negocial observado por las partes en ocasiones en que MED., S.L. ha adquirido para sí determinados derechos audiovisuales de determinados clubes, concretamente los del Valencia, Villareal, Levante y Sevilla, para la temporada 2006/2007, que fueron seguidamente sublicenciados a favor de AUD. SPO., S.L. a precio de coste (no hay contradicción en este punto).

En todo caso, consideramos que **la obligación de MED., S.L. de "aportar" a AUD. SPO., S.L. los derechos audiovisuales que la primera adquirió de los titulares originarios comporta una prestación del consentimiento a otorgar mediante un nuevo negocio, es decir, implica una declaración de voluntad negocial, que además habrá de integrar el pacto consecuente relativo al coste de la cesión a AUD. SPO., S.L. (extremo que la sentencia del JPI 36 de Madrid omite, pese a que fue un pronunciamiento solicitado por AUD. SPO., S.L.)**.

No se trata, por tanto, de un pronunciamiento provisionalmente ejecutivo (art. 525.1.2º LEC).

14. Rechazamos, sin ocultar nuestras dudas, que MED., S.L. ya hubiera dado su consentimiento en el propio contrato para transmitir a AUD. SPO., S.L. los derechos que pudiera adquirir en el futuro delimitados en la cláusula quinta. La adquisición directa por MED., S.L. podía producirse, de hecho, en todo caso, sin perjuicio de que una vez adquiridos los derechos de los clubes debiera retransmitirlos a AUD. SPO., S.L. (pero no corresponde a este tribunal interpretar, delimitar, precisar y en su caso acotar el alcance del pacto). La solución es distinta respecto de los derechos que MED., S.L. cedía efectivamente a AUD. SPO., S.L. en el contrato de 24 de julio de 2006 relacionados en el expositivo 2, en las condiciones que expresa la cláusula segunda. Estas cesiones se hicieron efectivas en su día, pero la adquisición de futuros derechos audiovisuales por parte de MED., S.L. quedaba sujeta a la cláusula quinta, de alcance y validez controvertida, y en el marco de ella no cabe aceptar un consentimiento previo, ya otorgado, a cesiones de contratos que a la sazón no existían, o a negocios de sublicencias que en su caso serían otorgados en un futuro.

OCTAVO. 15. La resolución del litigio, en atención a la fundamentación que precede, se ha visto dificultada por serias dudas de hecho y de derecho que justifican que no imponamos las costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 317/2013, de 24 de Julio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Respecto a la **acción de separación** prevista en el artículo 80.1 LC, procede la pretensión de separación de los bienes (en este caso participaciones sociales) cuando se acredita la titularidad dominical de la actora, propiedad adquirida por el efecto traslativo del dominio con anterioridad a la declaración de concurso.

Respecto a la **acción rescisoria**, cuando se da un acto de disposición a título gratuito que conlleva el **perjuicio patrimonial** descrito en el artículo 71 LC, no cabe reconocer ningún **derecho de crédito** a favor del beneficiario de ese acto de disposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La actora, OL. MAR., S.L., ejercitó en su demanda incidental la acción de separación que prevé el art. 80.1 LC con respecto a dos paquetes de participaciones sociales que fueron incluidas en el inventario de la concursada MER. TIR., S.L.:

- a) 86.406 participaciones sociales de la propia OL. MAR., S.L., y
- b) 1.109.850 participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L.,

cuya efectiva separación de la masa pasiva interesaba por ostentar la titularidad dominical de ambos grupos de participaciones:

- a) las primeras por haberlas adquirido, para autocartera, de la citada sociedad concursada, MER. TIR., S.L., mediante contrato de compraventa formalizado en escritura pública de fecha 27 de mayo de 2010, con número de protocolo 697 del notario de Barcelona Sr. Javier Martínez Lehmann; y
- b) las segundas, mediante escritura pública de compraventa formalizada ante el mismo notario, el mismo día, con número de protocolo 698.

2. La administración concursal (AC) y la concursada (MER. TIR., S.L.) se opusieron a una y otra pretensión de separación, alegando, en primer término, obstáculos procesales impeditivos (la preclusión del plazo para impugnar el inventario).

Con respecto a la compraventa de participaciones sociales de la propia OL. MAR., S.L. (escritura con núm. de protocolo 697), sostuvieron que el efecto transmisivo no se había producido, por no haberse cumplido la condición suspensiva a la que las partes supeditaron la eficacia de la transmisión.

En relación con la venta de participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L. (núm. de protocolo 698), la AC formuló reconvencción ejercitando la acción de reintegración del art. 71 LC, solicitando que fuera declarada la rescisión de dicho contrato de compraventa, sin reconocimiento de crédito alguno a favor de OL. MAR., S.L., por haber producido un perjuicio a la masa activa.

3. La sentencia del juzgado mercantil **desestimó la demanda de separación relativa a las 86.406 participaciones sociales de OL. MAR., S.L. (protocolo 697)**, por entender que la condición suspensiva no se cumplió y, por ello, el efecto traslativo no se produjo.

Respecto de la segunda compraventa (698), el juez del concurso estimó la acción de rescisión planteada por vía reconvenzional, sin reconocer ningún crédito a favor de OL. MAR., S.L.

4. OL. MAR., S.L. desarrolla en su recurso de apelación los argumentos que, en su decir, sustentan la procedencia de sus pretensiones, tanto respecto de una compraventa como de la otra, y que deben conducir a desestimar la demanda reconvencional.

La AC y la concursada reproducen en sus escritos de oposición, sustancialmente, los argumentos que oportunamente esgrimieron.

SEGUNDO. 5. Reseñamos los pactos relevantes de los contratos de compraventa que sirven de título dominical a los fines de la acción de separación ejercitada, siendo el segundo contrato objeto de la acción de rescisión concursal.

5.1. *Escritura de compraventa núm. 697 del protocolo notarial: venta de 86.406 participaciones sociales de OL. MAR., S.L. por parte de MER. TIR., S.L. a OL. MAR., S.L.*

En esta escritura intervienen, como vendedoras de participaciones sociales de OL. MAR., S.L., la concursada (MER. TIR., S.L.) y una sociedad vinculada o del mismo grupo, COD., S.A., representada por el mismo administrador (Sr. Tirado Rodríguez), y también en estado de concurso, que tramita el mismo juzgado (con el nº 483/2010).

a) COD., S.A. vende a OL. MAR., S.L. 88.594 participaciones sociales de la propia OL. MAR., S.L., que las adquiere en régimen de autocartera, por el precio total de 532.449,94 €. De esta suma, la vendedora COD., S.A. manifiesta haber recibido 480.549,94 € ese mismo día mediante transferencia bancaria a la cuenta designada (La Caixa).

El resto, 51.900 €, quedan aplazados de pago, sin devengo de interés, y serán abonados por la compradora en la cuenta bancaria designada por la vendedora en el plazo máximo de siete días.

En el incidente concursal nº 133/2011, planteado en el concurso de COD., S.A., la aquí actora, OL. MAR., S.L., impugnó el inventario a fin de que fueran excluidas las participaciones sociales de OL. MAR., S.L. vendidas por COD., S.A.. Este tribunal conoció el litigio en apelación y resolvió, por sentencia de 17 de octubre de 2012 (Rollo 315/2011), cuyo razonamiento seguiremos, que procedía la exclusión del inventario de este paquete de participaciones sociales.

b) En este mismo contrato, la concursada MER. TIR., S.L. vende a OL. MAR., S.L. 86.406 participaciones sociales de la propia OL. MAR., S.L., por el precio total de 519.300,06 €. De esta suma, 467.400,06 € manifiesta la parte vendedora que los ha recibido ese mismo día mediante transferencia bancaria; el resto, 51.900 €, queda aplazado de pago, sin devengo de interés, y serán abonados en la cuenta bancaria de la vendedora en el plazo máximo de siete días.

c) La Cláusula quinta, con el título "Destino del precio", dispone que *"Las partes vendedoras se comprometen y se obligan a destinar en el plazo máximo que finaliza el día 28 de mayo de 2010 el indicado importe de la presente compraventa al pago de los pagarés que figuran relacionados en un anexo que me entregan y que firmado por las partes dejo unido a la presente matriz"*.

d) La cláusula sexta, titulada "Cláusula suspensiva", establece que *"La eficacia de la presente transmisión queda supeditada al pago de los referidos pagarés, en consecuencia, en el momento en que se produzca dicho pago, la presente transmisión quedará firme e irrevocable y con efectos del día de hoy"*.

e) En documento anexo a la escritura se reseñan diez pagarés, que constan librados por COD., S.A. a favor de OL. MAR., S.L., todos con vencimiento el 25 de mayo de 2010 (es decir, dos días antes del otorgamiento de la escritura).

5.2. *Escritura de compraventa núm. 698 del protocolo: venta de 1.109.850 participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L. por parte de la concursada MER. TIR., S.L. a OL. MAR., S.L.*

a) MER. TIR., S.L. vende a OL. MAR., S.L. 1.109.850 participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L., por el precio de 1.109.850 €. De esta suma, la vendedora manifiesta haber recibido ese mismo día por transferencia bancaria la suma de 1.006.050 €. El resto, 103.800 €, queda aplazado de pago, sin devengo de interés, y será abonado mediante ingreso bancario en la cuenta designada en el plazo de siete días.

b) La escritura contiene idénticas cláusulas de "Destino del precio" (cláusula tercera) y "Cláusula suspensiva (cláusula cuarta), en este caso con referencia a diez pagarés que se reseñan en el anexo. Se trata de otros diez pagarés librados por COD., S.A. a favor de OL. MAR., S.L., con vencimiento el 25 de mayo de 2010.

6. No es discutido que la compradora OL. MAR., S.L. ingresó el precio de sendas compraventas en una cuenta bancaria perteneciente a COD., S.A., y que los pagarés fueron librados por COD., S.A. para pagar la deuda contraída frente a OL. MAR., S.L. generada por un anterior suministro de mercancías.

Ingresado el precio en la cuenta de COD., S.A., no se discute (y se acredita con la demanda) que esta sociedad, el mismo día 27 de mayo, dio órdenes a las entidades bancarias emisoras de los pagarés para que atendieran los títulos: de un lado, Banco S. y D. Bank en cuanto a los pagarés reseñados en la escritura núm. 697 y, de otro, Banco S. y Caixa G., con relación a los pagarés reseñados en la escritura núm. 698, efectuando COD., S.A. las oportunas transferencias de fondos a tales efectos.

Los pagarés de la escritura núm. 698 fueron atendidos en su integridad.

7. De los pagarés reseñados en la escritura núm. 697 fueron atendidos siete; no se abonaron los pagarés reseñados en el anexo de esta escritura con los números 2, 6 y 10, por importes respectivos de 97.446,75 €, 129.319,35 € y 93.766,67 €, ya que, pese a que COD., S.A. transfirió al D. Bank fondos suficientes para cubrir el importe de los diez pagarés, el D. Bank aplicó parte de estos fondos a atender posiciones deudoras de COD., S.A. con dicho banco, por lo que aquellos pagarés quedaron pendientes de pago.

No obstante, está probado (y no se discute) que la propia OL. MAR., S.L., que previamente había presentado al descuento los pagarés ante la Caja R. de J., abonó esos tres pagarés, vencidos e impagados, con cargo a su cuenta bancaria el 4 de junio del mismo año.

Sobre la acción de separación con respecto a las participaciones sociales de OL. MAR., S.L. (escritura con núm. de protocolo 697)

TERCERO. 8. La AC no reproduce en su escrito de oposición al recurso la cuestión procesal de inviabilidad de la acción de separación (art. 80 LC) por haber precluido el plazo para la impugnación del inventario (art. 96 LC).

Por su parte, la concursada señala que, en lo que respecta al procedimiento elegido para hacer valer la pretensión, OL. MAR., S.L. no impugnó el inventario en el plazo preclusivo. La consecuencia es, según su escrito de oposición, que la actora ejercita aquí una acción, la de separación ex art. 80 LC, que exige la acreditación de su legitimación activa, y ésta viene determinada por el derecho de propiedad sobre los bienes cuya separación pretende; continúa que la adquisición de la titularidad no se produjo, al no cumplirse la condición suspensiva.

9. Se trata de una argumentación que resulta ajena a lo que inicialmente se presentaba como una cuestión procesal impeditiva: la alegada inviabilidad de la acción de separación cuando no se ha impugnado en plazo el inventario, o bien la inadecuación de procedimiento.

Pero, tal como se desarrolla el motivo en el escrito de oposición, la cuestión que se somete a resolución del tribunal de apelación es propia del fondo del derecho sustantivo controvertido, que examinaremos seguidamente.

No apreciamos, por lo expuesto en el presente apartado, que la cuestión de la improcedencia de la acción de separación por no haber sido impugnado el inventario merezca una expresa resolución, al no haber sido formalmente planteada en la segunda instancia (art. 465.5 LEC). En cualquier caso, nos remitimos al acertado razonamiento que sobre esta cuestión ofrece la sentencia apelada.

CUARTO. 10. La sentencia, atendiendo al criterio mantenido por la AC y la concursada, considera que la condición suspensiva a la que las partes supeditaron la eficacia de la transmisión [cláusula sexta: "La eficacia de la presente transmisión queda supeditada al pago de los referidos pagarés, en consecuencia, en el momento en que se produzca dicho pago, la presente transmisión quedará firme e irrevocable y con efectos del día de hoy"] no se cumplió, ya que tres de los pagarés no fueron pagados, y no cabe admitir el pago por parte de OL. MAR., S.L. como hecho que daría cumplimiento a la condición, pues ese pago no lo efectuó quien debería hacerlo, COD., S.A.

11. Como se ha dicho, OL. MAR., S.L. había presentado al descuento bancario los pagarés a que se refiere la escritura, que resultaron impagados (por COD., S.A.) a su vencimiento, el 25 de mayo de 2010, dos días antes de formalizarse la compraventa. Al no ser atendidos los tres pagarés indicados (núms. 2, 6 y 10 reseñados en el anexo), OL. MAR., S.L. procedió a su abono con cargo a su cuenta bancaria.

La actora alegaba en su demanda que el pago por ella realizado integra la figura del pago por tercero que regula el art. 1.158 del Código Civil, en este caso por parte de un tercero, OL. MAR., S.L., interesado en el pago ya que, tras el descuento bancario, al quedar impagados los pagarés, OL. MAR., S.L. era deudora ante la entidad financiera por su importe.

Por ello –sigue indicando la demanda–, en el importe total que COD., S.A. le adeuda ha incluido estos y solo estos importes de los pagarés (no el importe de los otros 17 pagarés), que COD., S.A. le adeuda no ya por la entrega de las mercancías que justificó la emisión de los pagarés, sino por el pago por tercero efectuado.

12. En el incidente concursal nº 133/2011, suscitado en el concurso de COD., S.A., este tribunal ha dictado sentencia de fecha 17 de octubre de 2012 (Rollo 315/2012) en la que, resolviendo la misma cuestión que la aquí planteada, pero con respecto a la eficacia de la transmisión de las participaciones sociales de OL. MAR., S.L. efectuada por COD., S.A. (en la misma escritura, nº 697), hemos fundamentado que la condición suspensiva quedó cumplida, con base en los siguientes argumentos, que por coherencia han de determinar la misma solución en el presente incidente.

13.

A) De acuerdo con la literalidad de la condición suspensiva, se advierte que la eficacia de la transmisión queda supeditada "*al pago de los referidos pagarés*", no al pago de los pagarés efectuado por el firmante, COD., S.A. Por tanto, establecido que los pagarés han sido pagados, la condición suspensiva del contrato de compraventa ha de estimarse cumplida.

A la misma conclusión se llega atendiendo a lo que la doctrina ha denominado la intención empírica de los interesados y la finalidad del negocio.

El beneficiario inicial de los pagarés es OL. MAR., S.L., si bien la posible circulación de los títulos podía determinar que perdiera esa condición a favor de un nuevo tenedor. OL. MAR., S.L. tenía interés en que el precio de la compraventa fuera destinado a atender los pagarés, ya sea como beneficiario del pago o bien como endosante, y de ahí la obligación de "destino del precio" que impone la cláusula quinta. No obstante, la cláusula sexta se limitaba a someter la eficacia de la transmisión al pago de los pagarés, sin indicar pagador. Seguramente, la voluntad de OL. MAR., S.L. –en cuyo interés se estableció la cláusula– era la de estimular el cumplimiento de la cláusula anterior, 5ª, es decir, que se destinara el dinero al pago de los pagarés librados a su favor y no a otros fines distintos.

Esa finalidad se cumplió en buena medida (COD., S.A. pagó siete de los diez pagarés; el 70 % del importe global), y en cuanto a los tres pagarés restantes, OL. MAR., S.L., que se vio perjudicada por el impago de COD., S.A., podía haber invocado el incumplimiento de la condición suspensiva pactada, pero optó por posibilitar el cumplimiento de la condición y efectuar el pago de los pagarés desatendidos por el deudor principal, COD., S.A. No vemos en ese proceder ninguna actuación contraria a derecho ni, específicamente, contraria al contrato. **La actora asumió –cuando menos temporalmente- un incremento del precio pagado por las participaciones y posibilitó así la eficacia del contrato.**

B) En respuesta al argumento de que la condición no se habría cumplido porque los pagarés no fueron atendidos a su fecha de vencimiento, hay que advertir que los pagarés habían sido impagados a su vencimiento, el 25 de mayo, dos días antes de otorgarse la escritura. La cláusula sexta no exigía el pago de los pagarés a su vencimiento, sino solamente “*el pago de los pagarés*”, pues ya estaban vencidos con anterioridad a la escritura.

C) Ha de tenerse presente que COD., S.A. incumplió el contrato en la medida en que no cuidó que el precio recibido fuera destinado en su integridad al pago de los pagarés, lo que aproxima su conducta a la situación prevista en el art. 1119 del Código Civil, conforme al cual se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento, pero en cualquier caso **la condición pudo ser cumplida mediante el pago por tercero que efectuó la propia compradora.**

14. En consecuencia, **procede estimar el recurso respecto de la pretensión de separación de las referidas participaciones sociales** (86.406 participaciones sociales de la propia OL. MAR., S.L.), **al quedar acreditada la titularidad de la actora, adquirida por el efecto traslativo del dominio con anterioridad a la declaración de concurso de MER. TIR., S.L. Y TIRADO**, sin que ésta pueda invocar derecho de uso o retención.

La acción de separación y la acción de rescisión del contrato de compraventa respecto de las participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L. (escritura nº 698)

QUINTO. 15. A la acción de separación de estas participaciones sociales, la AC opuso, por vía de reconvencción, una pretensión propia enervatoria o excluyente, representada por la acción de rescisión concursal (art. 71 LC), cuya estimación produciría como efecto la declaración de ineficacia del negocio adquisitivo del dominio que la actora incidental esgrime para lograr la separación ex art. 80 LC.

OL. MAR., S.L. opone en primer lugar la improcedencia de admitir la reconvencción; argumenta que no existe una pretensión nueva, autónoma e independiente de la demanda principal, ya que se plantea con carácter alternativo o subsidiario, y no persigue un pronunciamiento judicial propio en la sentencia, distinto y diferenciado al de la mera estimación o desestimación de la demanda.

16. Frente al ejercicio de una acción en la que se hace valer, como presupuesto para obtener su entrega, el derecho de propiedad sobre ciertos bienes adquiridos mediante un contrato traslativo del dominio, es perfectamente viable, al amparo del art. 406 LEC, el planteamiento de reconvencción que persigue la declaración de ineficacia de dicho contrato, en este caso bajo la modalidad de rescisión. Se trata de una pretensión con sustantividad propia, nueva e independiente de la ejercitada en la demanda, mediante la que la AC solicita, y así consta en la súplica, que se rescinda el contrato de compraventa de participaciones sociales de OL. MAR., S.L. al amparo del art. 71 LC, declarando la mala fe de la parte actora-reconvenida.

No se plantea en la súplica, ni en el cuerpo de la reconvencción, como una pretensión subsidiaria, para el caso de que la demanda de separación sea estimada; en todo caso la AC postula la estimación de la reconvencción, pronunciamiento éste que necesariamente determinaría la desestimación de la demanda de separación, al constituir pretensiones excluyentes.

SEXTO. 17. Respecto de este negocio, y desde la perspectiva de la posición contractual de la aquí concursada, MER. TIR., S.L., la AC invocó la presunción *iuris et de iure* de perjuicio a la masa por tratarse

de un acto de disposición a título gratuito, ya que MER. TIR., S.L. no percibió ninguna contraprestación a cambio de la transmisión de las participaciones sociales de que era titular en MER. TIR., S.L. Este criterio fue acogido por la sentencia, y debe ser confirmado en atención al sacrificio patrimonial injustificado que supuso para la concursada.

18. Se ha de recordar que, en este contrato, MER. TIR., S.L. transmite a título de compraventa a OL. MAR., S.L. 1.109.850 participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L., por el precio de 1.109.850 €.

Está admitido que el precio fue ingresado por OL. MAR., S.L. en una cuenta bancaria titularidad de COD., S.A. (salvo una pequeña parte, abonada mediante compensación con deudas de COD., S.A. frente a OL. MAR., S.L. –pág. 24 de la demanda-).

MER. TIR., S.L. se obligó a destinar el precio, antes del día 28 de mayo (es decir, un día después de otorgarse la escritura) al pago de los pagarés relacionados en el anexo (cláusula tercera). Estos pagarés, con vencimiento el 25 de mayo, fueron librados por COD., S.A. para el pago de suministros efectuados a esta sociedad por OL. MAR., S.L. (está expresamente admitido). Se incluyó en la escritura, así mismo, idéntica condición suspensiva a la ya examinada (cláusula cuarta).

COD., S.A., que fue quien realmente recibió el precio, lo transfirió el mismo día 27 de mayo a las entidades bancarias (Caixa Galicia y Banco de Sabadell) emisoras de los pagarés, y todos ellos fueron atendidos sin dilación, cumpliéndose así la condición suspensiva, con lo que la transmisión devino firme e irrevocable con efectos al día de la escritura.

19. Como hemos mantenido en anteriores sentencias y declara la STS de 8 de noviembre de 2012, será apreciable un perjuicio para la masa, determinante de la rescisión que regula el art. 71 LC, cuando el acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, suponga una *disminución injustificada* de su patrimonio, o un *sacrificio patrimonial injustificado*, por implicar una minoración del patrimonio y carecer de justificación económica ese detrimento patrimonial. Es el llamado perjuicio directo, particular o estricto, junto al cual tiene acogida en el mismo precepto el perjuicio indirecto o en sentido amplio que consiste en una alteración injustificada del principio de *par condicio creditorum* (en este sentido así mismo, STS de 8 de noviembre de 2012).

Por disposición legal expresa, contenida en el art. 71.2 LC, se consideran perjudiciales para la masa, sin admitir prueba en contrario, los actos de disposición a título gratuito. Entendemos por tal un acto de disposición realizado por el concursado a favor de un tercero que proporciona a éste un bien o ventaja pecuniaria sin contraprestación alguna (para el concursado).

En consecuencia, acreditado el hecho base de la presunción legal, es decir, que se trate de un acto de disposición a título gratuito, sin correspondencia con contravalor sustancial alguno, el perjuicio ha de reconocerse por ministerio de la ley, de modo que no cabe admitir prueba en contrario acerca del perjuicio a la masa activa.

20. El contenido negocial y esquema obligacional expuesto, como hecho incontrovertido o cuando menos acreditado, en el apartado 18, determina la calificación de acto de disposición a título gratuito, por parte de MER. TIR., S.L., cuya posición contractual, jurídica y económica es la relevante a estos efectos (pues la gratuidad del acto ha de apreciarse con respecto a la concursada). Evidencia que MER. TIR., S.L. se desprende de unos activos patrimoniales de valor relevante: 1.109.850 participaciones sociales de otra sociedad, por las que un tercero está dispuesto a pagar esa misma cantidad, y nada recibe a cambio. El precio es ingresado por el comprador en la cuenta bancaria de otra sociedad, COD., S.A., y por pacto contractual (entre OL. MAR., S.L. y MER. TIR., S.L.) se destina a pagar unos pagarés en los que figura como obligado al pago un tercero (con respecto a la vendedora MER. TIR., S.L., aunque forme parte del mismo grupo), que es COD., S.A., en pago de unas deudas por suministro de materiales o mercancías que fueron entregadas por OL. MAR., S.L. a COD., S.A..

Desde la perspectiva de MER. TIR., S.L., la disposición es a título gratuito ya que nada ingresa en su patrimonio, sino que, con el refuerzo expreso de pactos contractuales, y de modo directo, la contraprestación se deriva a un tercero, COD., S.A., para pagar una deuda propia con la compradora.

OL. MAR., S.L. no estaba en condiciones de ignorar el destino del precio (cláusula tercera) ni la motivación subjetiva del contrato (cláusula cuarta en relación con la anterior). El contrato se diseñó con la finalidad de que OL. MAR., S.L. pudiera obtener satisfacción del crédito que mantenía con COD., S.A. por la entrega de materiales o mercancías, para cuyo pago se libraron los pagarés.

No es el caso de que la vendedora MER. TIR., S.L. pudiera dar al precio recibido (que nunca recibió) el destino que tuviera por conveniente pues por pacto contractual con la compradora, y en interés de ésta, renunció a su percepción, destinándose directamente al pago de la deuda de COD., S.A. Por ello, no cabe deslocalizar del negocio de enajenación el perjuicio a la masa para situarlo en una ulterior relación entre MER. TIR., S.L. y COD., S.A. (de contenido "desconocido" para OL. MAR., S.L., según alega) por cuya virtud MER. TIR., S.L. pagaría la deuda de COD., S.A., ya que es el propio negocio de compraventa el que contiene el pacto contractual de que el precio no sería percibido por la vendedora sino que se destinaría al abono de los pagarés librados por COD., S.A. a favor de OL. MAR., S.L.

En definitiva, MER. TIR., S.L., transfiere a OL. MAR., S.L. unas participaciones sociales de importante valor sin contraprestación, y este contexto contractual permite aplicar el tratamiento de los actos de disposición a título gratuito.

21. Establecido que fue un acto de disposición a título gratuito, no cabe reconocer, como efectos de la ineficacia determinada por la rescisión, ningún derecho de crédito a favor de OL. MAR., S.L., sin perjuicio del derecho de crédito que pueda hacer valer OL. MAR., S.L., a consecuencia de esta rescisión, en el concurso de COD., S.A., beneficiaria del precio de la venta de las participaciones sociales de MER. TIR., S.L. S.L.

SÉPTIMO. 22. En materia de costas procesales seguimos el mismo criterio que la sentencia apelada, tanto respecto de las causadas en la primera como en la segunda instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 331/2012, de 15 de Octubre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Cuando en un contrato de compraventa se pacta la entrega de las llaves y la posesión de la vivienda mediante burofax dirigido al domicilio de la compradora dentro de los tres meses siguientes a la conclusión de la obra como forma de perfección del contrato, y no se efectúa, el vendedor puede resolver el contrato de compraventa.

No hay error en la valoración de la prueba, cuando no se acredita correctamente el envío de dicho burofax.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La concursada, junto con la administración concursal, interponen demanda en la que interesan se condene a la demandada a que dé cumplimiento al contrato privado de compraventa suscrito el 6 de abril de 2006 y, en consecuencia, se le condene a otorgar escritura pública de compraventa y al pago del precio aplazado. En la sentencia de instancia se recogen los siguientes hechos probados que no han sido

impugnados:

1º) Por medio de documento privado de 6 de abril de 2006 la mercantil N.T.E., S.L. vendió a la mercantil J.C., S.A. una vivienda sita en Deltebre, calle Roquetas 14, así como una plaza de aparcamiento y trastero en ese mismo edificio. El precio pactado fue de 173.106,50 euros, más el IVA correspondiente. La parte compradora se comprometió a pagar 17.310,65 euros en el momento de la firma, otros 17.310,65 euros en el momento en que el edificio cubriera aguas y el resto en el momento de elevación a escritura pública de la compraventa – las cantidades efectivamente entregadas lo fueron con el IVA correspondiente-.

2º) La finalización de las obras estaba prevista para antes del día 28 de marzo de 2008 y la entrega de llaves y de la posesión del departamento transmitido se ofrecería, junto con la correspondiente cédula de habitabilidad, en el plazo de 90 días a partir de la conclusión de las obras, salvo demoras no imputables a la vendedora, fuerza mayor o caso fortuito.

3º) El contrato entendía puestas las llaves a disposición de la compradora y, por lo tanto, entregada la posesión, en el momento en que se comunicare a la compradora por burofax la finalización de las obras y la disponibilidad de la cédula de habitabilidad.

4º) La compradora, según el contrato, podría instar la resolución del contrato en caso de que la vivienda no se pusiera a disposición del adquirente dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo previsto.

5º) La vendedora se comprometía a garantizar las obligaciones contraídas con la vendedora por medio de un aval bancario. Se establecían también acuerdos respecto de la subrogación por parte del comprador de la hipoteca que, para la construcción del inmueble, había suscrito el vendedor.

6º) Se emite el certificado de finalización de obra el 4 de marzo de 2008 y la cédula de habitabilidad es de 27 de mayo de 2008.

7º) Por comunicación de 12 de agosto de 2008 la mercantil J.C., S.A. comunica a N.T.E., S.L. su voluntad de resolver el contrato de compraventa por no haberse constituido los avales comprometidos y no haberse entregado el inmueble en las fechas pactadas. Esa comunicación se entrega a un empleado de la concursada el 9 de septiembre de 2008.

8º) La concursada elaboró con fecha 7 de mayo de 2008 un requerimiento a la compradora para que adquiriera el inmueble en los términos pactados, pero dicha comunicación no aparece sellada en correos hasta el 30 de enero de 2009, entregándose en esa fecha. Este es el único extremo del relato de hechos probados del que discrepa la concursada.

9º) El 26 de febrero de 2009 la hoy demandada contesta indicando que se atiene a la comunicación de resolución de agosto de 2008.

10º) El inmueble de referencia muestra problemas en cuanto a la instalación eléctrica y estanqueidad de algunas dependencias, circunstancias que producen riesgos de fallo de dicha instalación e inundación de los sótanos y garajes.

SEGUNDO.- La parte actora alega en la demanda que cumplió con las obligaciones que asumió en el contrato de compraventa, por cuanto acabó las obras el 4 de marzo de 2008 (documento dos de la demanda), obtuvo la cédula de habitabilidad el 27 de mayo de 2008 (documento tres) y comunicó el 7 de mayo de 2008 a la compradora la terminación de la obra (documento cuatro). En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Concursal, solicita se condene a la demandada al cumplimiento del contrato.

La demandada, por su parte, rechaza que la concursada haya cumplido con sus obligaciones. Así, no entregó los avales correspondientes a las cantidades recibidas, conforme se pactó en el pacto décimo, y no le comunicó la puesta a disposición de la vivienda en la forma y en los plazos previstos en el pacto sexto.

Rechaza, en este sentido, que la carta de 7 de mayo de 2008 le fuera remitida en la fecha indicada, como así se deduce del sello de correos, datado el 30 de enero de 2009. Por ello el 12 de agosto remitió comunicación a N.T.E., S.L. dando por resuelto el contrato (documento uno de la contestación), que fue recibido el 9 de septiembre. Asimismo afirma que los apartamentos no están finalizados y “no reúnen los requisitos mínimos de habitabilidad” (folio 32) y que también la concursada incumplió el pacto cuarto del contrato, que fija las condiciones de subrogación del préstamo hipotecario. Por todo ello interesa se desestime la demanda y formula reconvención solicitando se declare resuelto el contrato privado de compraventa y se condene a la concursada al pago de las cantidades percibidas -37.044,79 euros-, más los intereses pactados.

La sentencia de instancia acoge íntegramente las pretensiones formuladas por la demandada, es decir, desestima la demanda y estima la reconvención, por lo que declara resuelto el contrato y condena a la concursada a devolver las cantidades entregadas, que tendrán la consideración de crédito concursal ordinario. La sentencia analiza las comunicaciones cruzadas entre las partes y concluye que la carta de N.T.E., S.L., fechada en mayo de 2008 y en la que comunicaba la terminación de la obra, no fue remitida a la compradora hasta el 30 de enero de 2009. En definitiva la sentencia considera que la concursada incumplió el pacto sexto del contrato, que le obligaba a concluir la obra y poner la vivienda a disposición del comprador en un plazo de tres meses.

La concursada recurre en apelación la sentencia alegando errónea valoración de la prueba. En concreto, afirma que dio cumplimiento a lo pactado, al concluir las obras en el plazo pactado y comunicarlo a la compradora mediante la carta de 7 de mayo de 2008 (documento cuatro de la demanda). En los extremos segundo y tercero del recurso invoca las razones que, a su entender, acreditarían que, efectivamente, dicha carta se remitió en la fecha indicada.

J.C., S.A. se opone al recurso de apelación de la concursada y formula su propia apelación, interesando se revoque el pronunciamiento relativo a las costas procesales, que considera han de imponerse a la parte actora.

TERCERO.- Como se ha expuesto, la **sentencia recurrida** acoge los argumentos de la demandada, al concluir que **la concursada incumplió el pacto sexto del contrato de compraventa, que regula el plazo y la forma en la que la vendedora debía poner a disposición de la compradora la vivienda objeto de la venta.** Dicho pacto establece que “la entrega de las llaves y de la posesión del departamento transmitido se ofrecerá, junto a la cédula de habitabilidad, en el plazo máximo de noventa días a partir de la conclusión de las obras”, prevista en la misma estipulación para el día 28 de marzo de 2008. “Se entenderá puestas las llaves a disposición de la compradora y, por tanto, entregada la posesión, en el momento de la comunicación que, en tal sentido, a ella realice la vendedora mediante burofax”. El pacto sexto, por otro lado, faculta a la compradora a “instar la resolución del contrato en el caso de que la vivienda no se pusiera a disposición del adquirente dentro de los tres meses siguientes al vencimiento del plazo” previsto en el pacto anterior.

El juez “a quo” no cuestiona que la obra acabara en plazo –el certificado de finalización de obra se emitió el 4 de marzo de 2008-, si bien, tras analizar la documental, considera que la concursada no comunicó formalmente la finalización ni puso a disposición de la compradora las llaves dentro de los tres meses siguientes, por lo que la resolución del contrato por J.C., S.A. en agosto de ese mismo año estuvo justificada. El recurso de apelación de la concursada trata de rebatir tal conclusión, sosteniendo que la carta de 7 de mayo de 2008 (documento cuatro de la demanda) se remitió ese mismo mes y no el 31 de enero de 2009 como, erróneamente, a su entender, refiere la sentencia.

Sin embargo este tribunal considera **correcta la valoración que de los documentos que obran en autos realiza la sentencia. No puede tenerse por acreditado que la carta se remitiera en plazo. Lleva el sello de Correos de 30 de enero de 2009, el mismo que figura en el burofax que se acompaña a la demanda como documento cinco.** La recurrente alega que una copia de la carta se anexó al segundo requerimiento practicado en aquella fecha, como así se indica en el párrafo cuarto (folio 18). Pues bien, aun cuando así fuera, quedaría desmontado el argumento del sello, pero **seguiría sin constar en autos documento alguno que acredite que la carta de 7 de mayo se remitiera en ese mismo mes.** Tampoco consta su recepción por la compradora. La alusión en la carta a la cédula de habitabilidad, que no se expidió hasta el 27 de mayo,

acrecenta las dudas sobre el momento de su confección.

Obviamente, **por aplicación de las normas y principios sobre la carga de la prueba (artículo 217 de la LEC), a la actora incumbía la carga de acreditar que cumplió en tiempo y forma con su obligación de entregar la vivienda, cosa que no ha hecho.** Ningún sentido tendría el segundo requerimiento de 30 de enero de 2009, este sí conforme a las exigencias formales del pacto sexto, si previamente se hubiera remitido otro en mayo de 2008.

La apelante –hecho tercero del recurso- aduce que **la remisión de la carta se deduciría de la comunicación enviada el 12 de agosto de 2008 por la compradora dando por resuelto el contrato (documento uno de la contestación, al folio 45).** En ella J.C., S.A. admite haber recibido el 22 de mayo de 2008 de la concursada un “escrito” a través de C.G.E. Sin embargo, las referencias sobre su contenido no coinciden con el texto de la carta de 7 de mayo. En efecto, **en el documento de resolución, la demandada afirma, en primer lugar, que no ha recibido “burofax ni otro documento fehaciente que nos comunique la finalización de las obras”. Reconoce haber recibido un escrito el 22 de mayo de 2008, en el que “se nos indicaba los importes de tasación de los departamentos por parte de La Caixa y se nos invitaba a visitar la obra que según Vds. estaba totalmente acabada”.** Sin embargo, la carta de fecha 7 de mayo no incluye tasaciones e, insistimos, afirma que se había obtenido la cédula de habitabilidad cuando, en realidad, ésta no se expidió hasta el 27 de mayo. En definitiva, **no puede tenerse por acreditado que la concursada hubiera puesto a disposición de la compradora la vivienda por medio de burofax remitido dentro de los tres meses siguientes a la conclusión de la obra.**

CUARTO.- Las partes están conformes en que el pacto sexto del contrato de compraventa ordenaba cómo y cuándo debían entregarse las llaves y la posesión de la vivienda. Tampoco cuestionan que el ofrecimiento formal, mediante burofax dirigido al domicilio de la compradora, constituía un elemento esencial cuya inobservancia facultaba a éste a resolver el contrato, como así hizo. De ahí que la apelante sólo se haya esforzado en rebatir que la sentencia de instancia no tenga por acreditado que el escrito de 7 de mayo de 2008 se entregara a la demandada. Por todo ello, dado que este tribunal coincide con la valoración del juez a “quo”, debe desestimarse íntegramente el recurso de la concursada.

QUINTO.- J.C., S.A., por su parte, impugna la sentencia por no imponer las costas a la parte actora, pretensión que debe ser acogida. En efecto, en materia de costas rigen las normas generales de los artículos 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La demanda se desestima y, por el contrario, **la reconvencción se acoge íntegramente, por lo que, de acuerdo con el criterio del vencimiento recogido en aquel precepto, las costas de una y otra deben imponerse a la demandante, esto es, habrán de satisfacerse con cargo a la masa.**

SEXTO.- En cuanto a las costas de la apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la concursada las costas de su recurso y no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso de J.C., S.A.

Capítulo 6.- Masa pasiva.

Comunicación, reconocimiento, graduación, créditos contra la masa.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 84/2013, de 26 de Febrero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En el ámbito del incidente concursal es admisible que se puedan formular **pretensiones complementarias** (art. 426 LEC).

La consideración como un **crédito** como **contingente** no debe ser simple consecuencia de las dudas que sobre su existencia tenga la AC, sino consecuencia exclusiva de que el mismo se encuentra afectado por una de las dos situaciones que establece el art. 87.3 LC, esto es, (i) que se trata de un crédito sometido a condición suspensiva, o bien (ii) que tenga carácter litigioso.

Para acreditar en el concurso un crédito por **intereses moratorios** es necesario probar la existencia de una reclamación extrajudicial previa a la declaración de concurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece delimitado en esta segunda instancia el conflicto que enfrenta a las partes

1. T.V.V., S.A. presentó demanda de incidente concursal en ejercicio de una acción de impugnación del inventario y de la lista de acreedores en el concurso de MED., S.L.U.

Respecto del inventario, el objeto de la impugnación consistía en que se excluyera de la masa activa el crédito que le ha sido reconocido por importe de 10.737.182,42 euros y cuyo origen afirmaba desconocer a ciencia cierta, si bien apuntaba tres posibilidades distintas.

La impugnación de la lista pretendía:

A) El reconocimiento como créditos ordinarios, no así como contingentes como habían sido considerados por la AC, los derivados de las incidencias de retransmisión de las temporadas 2007/2008, por importe de 298.373,84 euros, y 2008/2009, por importe de 144.570,77 euros.

B) La inclusión en la lista de un crédito subordinado contingente derivado de los intereses devengados hasta la declaración del concurso por los créditos concursales contingentes reconocidos a favor de T.V.V., S.A..

C) La inclusión en la lista de acreedores de la referencia a que las sociedades del grupo de la concursada, esto es, S., S.L., S.I.U., S.L., S.E.U.M., I.C.A., S.L. y UTE B., eran garantes personales de los créditos contingentes reconocidos en la lista a favor de T.V.V., S.A..

2. La concursada (MED., S.L.U.) y la AC se opusieron a la demanda en los siguientes términos:

A) Respecto del inventario, porque el crédito que figura en el mismo a favor de la concursada y contra T.V.V., S.A., por importe de 10.737.182,42 euros, se corresponde con las facturas generadas por el cumplimiento del contrato de 26 de agosto de 2006, que no han sido controvertidas por la demandante, puesto que trata de compensarlas con créditos que han sido reconocidos a la demandante, si bien como contingentes.

B) En cuanto a la lista hay que distinguir respecto de cada uno de los conceptos objeto de la impugnación:

- i. En cuanto al crédito por incidencias, ambas codemandadas estimaron que debía desestimarse la impugnación, por cuanto la inclusión de este crédito como contingente en la lista se fundó en la convicción de la AC de que sería objeto de reclamación en el incidente concursal 768/2010.
- ii. En cuanto al crédito subordinado por intereses, mientras la AC se allanó a la pretensión, la concursada se opuso alegando que las partes habían pactado que los créditos recíprocos no devengarán intereses.
- iii. En cuanto a la garantía personal de las sociedades del grupo, ambas codemandadas se opusieron alegando que no existía garantía alguna.

3. En el acto de la vista T.V.V., S.A. introdujo una pretensión complementaria consistente en la solicitud de que se declarara compensados por la cantidad concurrente, al haber cesado la contingencia, la deuda que se ha incluido en el inventario con el crédito que figura en la lista de acreedores.

4. La resolución recurrida estimó en parte la demanda de impugnación de la lista y desestimó íntegramente la impugnación del inventario. Los argumentos en los que se funda son los siguientes:

A) En cuanto al inventario, que no procedía estimar la impugnación por cuanto el crédito incluido a favor de la concursada procedía de las facturas emitidas por MED., S.L.U. a T.V.V., S.A. en concepto de cesión de los derechos audiovisuales de las temporadas 2008/2009 y 2009/2010, adeudadas por la actora y que no son objeto de discusión, y que no pueden ser tampoco objeto de compensación con los créditos que ostenta, que le han sido reconocidos en la lista con el carácter de contingente, precisamente por ese carácter.

B) En cuanto a la lista:

- Respecto de los créditos por incidencias de las temporadas 2007/2008 y 2008/2009, que la desaparición de la contingencia no podía determinar que no se reconocieran esos créditos sino que se les reconociera con el carácter de ordinario.
- Procedía el reconocimiento del crédito subordinado contingente correspondiente a intereses.
- Respecto de las sociedades del grupo, que no podía considerarse acreditada la existencia de ninguna garantía personal prestada por las mismas a favor de T.V.V., S.A..

5. En el auto de 22 de septiembre de 2011, complementario de la Sentencia, expresó que no podía aceptarse la pretensión complementaria por dos razones distintas: (i) con ella se estaba modificando de forma sustancial el objeto del proceso; y (ii) el hecho nuevo con el que se pretendía justificar (la estimación de la declinatoria respecto de la reconversión en el incidente concursal 768/2010) no podía servir para modificar la calificación del crédito por no ser firme.

6. El recurso de T.V.V., S.A. se funda en los siguientes motivos.

A) Aplicabilidad al caso del artículo 426 LEC, que admite la posibilidad de formular pretensiones complementarias, lo que determina que resulte infundado el auto de 22 de septiembre de 2011 que

inadmitió esa pretensión complementaria y procedente entrar en ella, para declarar que había cesado la contingencia que afectaba al crédito y que procedía declarar su compensación con la deuda que tiene T.V.V., S.A. contra MED., S.L.U.

B) Es procedente declarar que el crédito que ostenta T.V.V., S.A. contra MED., S.L.U. cuenta con la garantía o afianzamiento de las sociedades del grupo de MED., S.L.U., concretamente, de las sociedades S., S.L., S.I.U., S.L., S.E.U.M., I.C.A., S.L. y UTE B.

7. El recurso de MED., S.L.U. (i) cuestiona el pronunciamiento relativo a las incidencias de retransmisión de las temporadas 2007/2008 y 2008/2009, al estimar MED., S.L.U. que el crédito no debe ser reconocido porque no fue reclamado por T.V.V., S.A. ni en el concurso ni fuera de él; y (ii) también cuestiona la inclusión del crédito subordinado correspondiente a intereses.

SEGUNDO. Antecedentes de hecho que contextualizan el conflicto

8. T.V.V., S.A. sintetiza en su escrito de recurso los antecedentes de hecho que contextualizan el conflicto en los siguientes términos, que resumimos en lo sustancial:

a) El informe de la AC, de fecha 8 de noviembre de 2010, efectuó los siguientes reconocimientos (en cuanto afecta a T.V.V., S.A.): (i) Incluyó en el inventario un derecho de crédito a favor de MED., S.L.U. contra T.V.V., S.A. por importe de 10.737.182,42 euros; (ii) reconoció créditos contingentes por un importe provisional total de 26.613.751,05 euros, si bien admitió la compensación por un importe total de 11.694.865,50 euros, razón por la que el crédito quedaría fijado en el importe de 14.918.885,55 euros. La contingencia consistía en la pendencia de un incidente concursal, el núm. 768/2010, iniciado por T.V.V., S.A. y en el que MED., S.L.U. había ejercitado reconvención en reclamación de la cantidad de 12.412.160 euros.

b) El 10 de diciembre de 2010 se interpuso la demanda incidental de impugnación del inventario que dio origen a las actuaciones de las que dimana el presente recurso. En aquel momento no cuestionó la contingencia del crédito porque efectivamente no había desaparecido la causa que la motivaba. No obstante, el 2 de febrero de 2011 el juzgado mercantil dictó auto no admitiendo a trámite la reconvención, lo que supuso la remoción de la contingencia.

c) El 23 de junio de 2011, durante la celebración de la vista de este incidente ante el Juzgado Mercantil, la actora puso de manifiesto el hecho anterior, de nueva ocurrencia, y formuló pretensión complementaria a la primera de las peticiones de la demanda, esto es, solicitó la declaración de que el crédito reconocido a MED., S.L.U. en el inventario quedaba compensado con el reconocido a favor de T.V.V., S.A. en la lista de acreedores, de forma que finalmente constara un crédito a favor de T.V.V., S.A. por importe de 12.511.976,84 euros, pretensión a la que se opuso la AC alegando que la compensación no se podía producir por no concurrir las circunstancias que la determinaban antes de la declaración del concurso.

d) El Juzgado Mercantil dictó sentencia omitiendo pronunciarse sobre la pretensión complementaria, lo que determinó la solicitud de complemento por parte de T.V.V., S.A.. El auto de 22 de septiembre de 2011, por el que se efectuó el complemento, desestimó la pretensión complementaria formulada por T.V.V., S.A..

e) El 5 de octubre de 2011 el Juzgado Mercantil dictó Sentencia en el incidente concursal núm. 768/2010 estimando en parte la demanda de T.V.V., S.A. y condenando a MED., S.L.U. al pago de una indemnización de daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento contractual.

f) El 11 de octubre de 2011 T.V.V., S.A. requirió a la AC, a la vista de la Sentencia referida, para que manifestara la cuantía del crédito y efectuara la compensación correspondiente, requerimiento que reiteró el 4 de noviembre de 2011.

TERCERO. Sobre la pretensión complementaria introducida por la actora en el momento de la vista

9. T.V.V., S.A. solicita, como primer motivo de su recurso, que se dé respuesta explícita a la pretensión complementaria formulada por su parte durante la vista del juicio verbal señalada para sustanciar el incidente concursal y que se declaren compensados en la cantidad concurrente el crédito que tiene reconocido en el inventario a favor de la concursada con la deuda que figura en la lista como crédito

contingente, al haber cesado la contingencia que impedía que el crédito pudiera ser considerado ordinario y con ello aplicada la compensación.

Justifica su solicitud alegando que concurren todos los requisitos para que esa petición complementaria fuera acogida, concretamente, porque (i) no existió oposición a la admisibilidad de esa petición por parte de las demandadas, (ii) existía una relación de complementariedad de esa petición con el objeto del proceso principal y (iii) había acontecido un hecho que determinaba que la contingencia hubiera cesado.

10. La parte actora, ahora recurrente, sostiene que las demandadas no se opusieron a su admisión a trámite, razón por la que esa pretensión debe considerarse correctamente introducida en el proceso; en cambio, se oponen a ello tanto la concursada como la AC, que consideran que no es cierto que no se opusieran a su admisibilidad sino que explícitamente lo hicieron y que el juzgado no llevó a cabo una admisión a trámite de la petición, razón que impedía entrar en el fondo. También opusieron las recurridas que la pretensión complementaria es inadmisibile porque no es accesoria o complementaria y comporta una modificación del objeto del proceso (*mutatio libelli*), prohibida en nuestro ordenamiento. En cuanto al fondo, también estimaron que la pretensión debía ser desestimada como infundada.

Opinión del tribunal

11. Compartimos con T.V.V., S.A. que en el ámbito del incidente concursal es admisible que se puedan formular pretensiones complementarias, al amparo de lo que determina el art. 426 LEC. Aunque nada se diga sobre ello de forma explícita en la regulación positiva del incidente concursal (art. 194 LC) y tampoco en la del juicio verbal, al que se remite el art. 194.4 LC, consideramos que, a pesar de no existir una norma que explícitamente disponga la aplicación de las reglas del Juicio Ordinario, está implícita esa regla en la regulación, atendido su carácter parcial y particularizado. Más allá de las concretas reglas que ha establecido el legislador al regular este procedimiento, los principios que inspiran la regulación de uno y otro procedimiento declarativos son los mismos, de donde debemos deducir la aplicación de las normas establecidas para la audiencia previa, con la adaptación que pueda requerir el particular carácter concentrado que ostenta el Juicio Verbal. Tampoco el juzgado mercantil parece haber expresado una opinión distinta, pues no cuestionó durante la vista su admisibilidad ni tampoco se negó a dar respuesta a ella, al menos por este motivo.

12. Para analizar la admisibilidad de la pretensión complementaria resulta preciso, conforme resulta del art. 426 LEC, (i) primero, que efectivamente tenga el carácter meramente complementario que le atribuye la parte; y (ii) segundo, que lo admita la parte contraria o bien que, en otro caso, lo haga el juez, valorando que no ha de perjudicar los derechos de defensa de las demás partes.

13. No creemos que la pretensión complementaria introducida por T.V.V., S.A. tenga el carácter accesorio o complementario que permitiría a la parte introducirla en el proceso de forma extemporánea con tal carácter. La prohibición de cambio de la demanda (*mutatio libelli*), que regula el art. 412 LEC, impide a las partes modificar el objeto del proceso en los términos en los que haya quedado delimitado en los escritos de alegaciones. Es cierto que ese principio no es absoluto, pues el propio art. 412.2 LEC precisa que ello es sin perjuicio de la facultad de formular "alegaciones" complementarias, norma donde debemos entender también dicho "pretensiones complementarias", por su integración con el art. 426 LEC. No obstante, la modificación del objeto del proceso es una excepción a la regla general que el legislador acoge, aunque con disfavor, porque altera la buena organización del proceso y, lo que es más importante, las garantías de defensa de las partes. Por esa razón, lo que deba entenderse como complementario debe ser interpretado con rigor, esto es, de forma restrictiva, para evitar el riesgo que el principio de prohibición del cambio de demanda trata de disipar.

14. La resolución recurrida, concretamente, el auto de 22 de septiembre de 2011, ha descartado que la pretensión ejercitada por T.V.V., S.A. pueda resultar admisible por considerar que comporta un cambio "sustancial" del objeto del proceso. Coincidimos en ello; lo que sin duda ha querido decir el juzgado mercantil con tan escueta pero acertada expresión es que la pretensión de T.V.V., S.A. no es una

pretensión puramente accesorio o complementaria sino sustancial, de forma que no tiene cabida por la vía del art. 426 LEC.

Lo que en definitiva pretende la parte no es solamente que se declare el cese de la contingencia, lo que no precisa que sea declarado por una resolución judicial, sino que, además (y al paso), se declaren compensados los créditos. Ni una ni otra cosa, resultan procedentes, por las siguientes razones:

- En cuanto a la contingencia, porque no es cierto que la misma, concretada en el Incidente Concursal núm. 768/2010, que dio lugar a nuestro Rollo de apelación 304/2012, haya cesado. La resolución dictada en aquel incidente fue objeto de recurso de apelación, de forma que el pronunciamiento no adquirió firmeza, y ha dado lugar a nuestra Sentencia de 30 de enero de 2013, estimatoria del recurso de MED., S.L.U., que ordena admitir a trámite su reconvención y sustanciarla.
- En cuanto a la compensación, porque excede con mucho el carácter complementario que le atribuye la parte y resulta muy dudoso que se pueda producir, incluso en el caso de que ya existiera sentencia firme en el incidente concursal.

CUARTO. Sobre la garantía personal de las sociedades del grupo

15. El juzgado mercantil desestimó la pretensión de T.V.V., S.A. de que se declare responsables solidarios de crédito a otras sociedades del grupo argumentando que no se había aportado a los autos documento alguno del que se desprendiera la existencia de la garantía personal y que tampoco había resultado acreditado si, a través del sistema de conciliación-compensación que las partes habían establecido, lo que habían acordado era una cesión a MED., S.L.U. de los créditos que ostentaban las sociedades del grupo o bien una simple gestión de cobro.

16. El recurso de T.V.V., S.A. alega que durante el curso de los 15 años anteriores a la declaración del concurso T.V.V., S.A. y MED., S.L.U. realizaban periódicamente liquidaciones en las que compensaban saldos deudores y acreedores tanto de las deudas de la propia MED., S.L.U. como de las demás entidades del grupo empresarial de la concursada. La posibilidad de compensar sus deudas con el resto del grupo era una garantía para contraer nuevos créditos con la concursada. Fruto de ello es que se ha generado la confianza por parte de T.V.V., S.A., afirma el recurso, de la existencia de una garantía personal por parte de dichas sociedades que aseguraba las deudas contraídas por MED., S.L.U., lo que debe tener su reflejo en la lista de acreedores, conforme a lo que establece el art. 94.2 LC. El recurso afirma, discrepando del parecer que la resolución recurrida expresa, que existe documentación suficientemente acreditativa de la existencia de esa relación de garantía o afianzamiento mercantil, en el sentido del art. 440 Ccom. Y afirma que el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo (en relación con las cartas de patrocinio) que la existencia de garantía no exige una forma determinada, ni unas palabras específicas.

17. Tanto la AC como la concursada se oponen a que este motivo sea estimado alegando que no solo no existe ningún documento del que se derive la constitución de afianzamiento o garantía sino que la doctrina jurisprudencial sobre las "cartas de patrocinio" a las que se refiere la parte no pueden justificar tampoco la existencia de tal relación de garantía porque no existe prueba indicativa de que exista una específica intención de obligarse.

Opinión del tribunal

18. Tampoco podemos acoger este motivo del recurso porque, aunque sea cierto que las partes hayan venido extinguiendo sus créditos por la vía de la conciliación o compensación, de forma periódica, incluyendo en las liquidaciones tanto los créditos de la matriz (MED., S.L.U.) como los de las filiales, de ello no se puede derivar la consecuencia que pretende extraer T.V.V., S.A., esto es, la existencia por parte de las filiales de una relación de afianzamiento respecto de las deudas de la matriz.

19. No dudamos de que T.V.V., S.A. haya podido estimar que ese particular sistema de conciliación de cuentas que las partes han venido practicando durante años constituía una garantía de sus propios créditos, si bien ello no es suficiente para que podamos entender que se trata de una garantía en sentido propio, esto es, un afianzamiento mercantil. A lo sumo se podría tratar de una garantía de mero hecho, esto es, una garantía derivada del hecho de poder disponer de un fondo que creía solvente (el patrimonio de MED., S.L.U.) con el que cobrarse los créditos de esas sociedades filiales. Pero eso no es una garantía jurídica. Para que ésta exista es preciso que las partes hayan expresado de forma clara e inequívoca su voluntad de obligarse, lo que no observamos que ocurra en el supuesto enjuiciado.

En suma, no existen datos que nos permitan pensar en que se hubiera pactado una garantía prestada por parte de las sociedades del grupo MED., S.L.U. a la matriz.

QUINTO. Recurso de MED., S.L.U.: sobre el crédito "contingente"

20. MED., S.L.U. cuestiona el pronunciamiento correspondiente a las incidencias de retransmisión de las temporadas 2007/2008 y 2008/2009 y estima que el crédito no debe ser reconocido porque no fue reclamado por T.V.V., S.A. ni en el concurso ni fuera de él.

21. Coincidimos con la resolución recurrida también en este punto. El hecho de que el crédito fuera incluido en la lista elaborada por la AC, siquiera sea como contingente, lo debemos considerar indicativo de la propia existencia del crédito, al menos para la AC. Si la AC no estaba segura de la existencia del crédito, como afirmó al contestar a la demanda, lo que hubiera resultado procedente es que no lo hubiera incluido en la lista, pues al incluirlo, aunque sea como contingente, se decantó por considerarlo existente. Por consiguiente, si la concursada creía que tal crédito realmente no existía, debió haber impugnado la lista. Al no hacerlo, debía partirse de la existencia del crédito y únicamente restaba por determinar si debía subsistir su carácter contingente, cuya justificación en el informe de la AC no parece demasiado clara, pues no obedece a la existencia de un litigio sobre él sino que procede de las propias dudas que la AC albergaba sobre su existencia.

La consideración como un crédito como contingente no debe ser simple consecuencia de las dudas que sobre su existencia tenga la AC, sino consecuencia exclusiva de que el mismo se encuentra afectado por una de las dos situaciones que establece el art. 87.3 LC, esto es, (i) que se trata de un crédito sometido a condición suspensiva, o bien (ii) que tenga carácter litigioso. Carácter litigioso únicamente ostenta aquel crédito que en el momento en el que la lista se elabora esté sometido a litigio, sea ante el propio juez del concurso o ante otro distinto, pero no ostentan ese carácter los créditos que a la AC le parezcan simplemente dudosos. Respecto de ellos están obligados a pronunciarse, sea para incluirlos en la lista o para excluirlos.

Por consiguiente, constatado que el crédito no estaba sometido a litigio alguno, es correcto que la resolución recurrida haya levantado la contingencia, con la consecuencia de que el crédito debe quedar reconocido con su clasificación de ordinario.

SEXTO. Sobre el crédito subordinado

22. El segundo de los motivos del recurso de MED., S.L.U. hace referencia al crédito subordinado en concepto de intereses que la resolución recurrida ha reconocido a T.V.V., S.A. Estima MED., S.L.U. que el juez *a quo* ha incurrido en error, al no haber tomado en consideración la existencia de un pacto entre las partes de someter sus respectivos créditos a un sistema de liquidación mediante compensación, lo que excluye la existencia de intereses. Así lo reconoció el Sr. Ricardo Calatayud, legal representante de T.V.V., S.A., en el interrogatorio de que fue objeto durante en el juicio, se afirma por la recurrente.

23. T.V.V., S.A. alega frente a ello que es cierto que existía ese pacto de no exigirse intereses, si bien el mismo perdió vigencia desde el momento en el que MED., S.L.U., meses antes de la declaración del concurso, decidió dejar de prestar la garantía de compensación de créditos que se llevaba a cabo con las sociedades de su grupo.

24. El Juzgado Mercantil, que reconoció un crédito subordinado y contingente por importe de 1.342.361,38 euros, justifica su estimación de esta pretensión en el hecho de que ese crédito subordinado estaba siendo objeto de reclamación en el incidente concursal 768/2010.

Opinión del tribunal

25. No creemos que la justificación que ofrece la resolución recurrida sea suficiente para la inclusión de este crédito por intereses, particularmente si se considera que en el incidente concursal núm. 768/2010, seguido entre las mismas partes, T.V.V., S.A. limitó su reclamación, además de a la acción de cumplimiento de los contratos que estimaba vigentes entre las partes (esto es, a obligaciones de hacer), a los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Por tanto, no reclamó que se hiciera declaración alguna relativa al crédito existente entre las partes y tampoco incorporó pretensión alguna relativa a créditos por intereses, ni remuneratorios ni moratorios. Por consiguiente, no existe crédito litigioso alguno relativo a intereses que pudiera justificar su inclusión en la lista.

26. Por otra parte, que hubiera existido reclamación podrían justificar el reconocimiento como crédito contingente, pero no así la existencia del crédito. Lo relevante es que las partes admiten que los diversos créditos que surgían en las múltiples relaciones habidas entre las partes se liquidaban por medio de un sistema de compensación o conciliación y que no se exigían intereses por los saldos favorables o adversos. Por consiguiente, **si no existía pacto de intereses, es decir, intereses remuneratorios, para que se hubieran devengado intereses hubiera sido necesario la constitución en mora de la concursada, lo que hubiera exigido un requerimiento de pago de la deuda existente, antes de la declaración del concurso, que no se ha acreditado (ni siquiera alegado) que se hubiera producido.**

27. No se ha acreditado que el sistema de conciliación o compensación vigente entre las partes se hubiera dejado de practicar antes de la declaración del concurso y que se abandonara tras la declaración no puede extrañar a T.V.V., S.A., porque es una consecuencia legal obligada de la declaración que impone el art. 58 LC. Y, por otra parte, que la concursada dejara de compensar tras la declaración resulta claro que no puede justificar el devengo de intereses, pues los mismo tampoco se devengan tras la declaración, por tratarse de otro efecto legal inherente a la misma.

Por tanto, la única conclusión a la que podemos llegar es la de que no existía justificación alguna para la inclusión de este crédito en la lista.

SÉPTIMO. Costas

28. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas a la concursada, atendido que su recurso se ha estimado, al menos en parte. En cambio, procede imponer las costas de su recurso a T.V.V., S.A., al resultar el mismo íntegramente desestimado.

29. En cuanto a las costas de la primera instancia, estimada en parte la demanda, no hacemos imposición de las mismas, conforme resulta del art. 394.2 LEC.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia 299/2012, de 20 de Septiembre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Los créditos derivados de un **contrato swap** serán clasificados como **créditos contingentes ordinarios**. Interpretación restrictiva del artículo 92 LC: no se pueden clasificar como créditos contingentes subordinados, los créditos procedentes de un contrato de *swap* de intereses, ya que no tienen la consideración de intereses. El hecho de que el contrato cumpla una función de garantía frente a la **evolución** (favorable o adversa) **de los tipos de interés** no significa que las prestaciones que se deriven como

consecuencia de las liquidaciones negativas para el prestatario tengan la consideración de intereses.

FONAMENTS DE DRET

1. BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A. (BANESTO) apel·la contra la sentència del jutjat mercantil que va desestimar la demanda incidental d'impugnació de la llista de creditors de RUF., S.A. presentada per l'entitat bancària.

El recurs demana la revocació de la sentència impugnada i l'estimació de les pretensions de la demanda, consistents en que s'ordeni que el crèdit de BANESTO contra RUF., S.A., derivat del "*Contrato sobre operaciones financieras – Operaciones de Permuta de Tipos de Interés*", amb referència núm. **** i amb compte corrent associat núm. ****271, subscrit entre les parts el dia 15 de juny de 2009, amb venciment el 23 d'abril de 2014, sigui classificat com a crèdit contingent ordinari, en lloc de crèdit contingent subordinat com es conceptua en la llista de creditors elaborada per l'administració concursal (AC).

En aquesta segona instància, l'AC es manifesta d'acord amb la tesi de la part demandant, mentre que RUF., S.A. sol·licita la confirmació de la sentència.

2. *Al·legació d'incongruència de la sentència*

El recurs d'apel·lació denuncia la incongruència de la sentència impugnada. BANESTO posa en relleu que la controvèrsia sotmesa al coneixement del jutge la delimitaven dues posicions enfrontades: per una banda, la posició de l'AC –en la primera instància- i de RUF., S.A., que consideraven el crèdit contingent subordinat; per l'altra banda, la tesi de BANESTO, que el considerava contingent ordinari. Subratlla que BANESTO no va sol·licitar en cap moment que el crèdit, en tot ni en part, es qualificués com a crèdit contra la massa.

Malgrat això, la fonamentació jurídica de la sentència del jutjat s'inicia afirmant que l'objecte de l'incident concursal és la impugnació de l'entitat bancària relativa a la qualificació com a crèdit ordinari de les liquidacions del *swap* anteriors a la declaració de concurs i, com a crèdit contra la massa, les liquidacions posteriors, i sobre aquesta qüestió raona bona part del fonament de dret segon de la sentència. La part final de la fonamentació sí se centra en el que constituïa la petició i la causa de demanar de BANESTO i l'objecte de debat entre les parts: si el crèdit contingent havia de classificar-se com a ordinari o com a subordinat.

Per tant, és cert que la sentència, per error, es desvia inicialment del tema debatut. Ara bé, els raonaments del Sr. magistrat adreçats a negar que estem davant de crèdits contra la massa, per bé que siguin inútils, ja que la qüestió no es discutia, manquen de qualsevol transcendència en la part dispositiva, inclòs, com veurem, el pronunciament sobre les costes. En desestimar la demanda incidental de BANESTO i aprovar la classificació del crèdit per l'AC com a contingent subordinat, el jutge no va més enllà de les pretensions de cap de les parts.

3. *Al·legació de falta de motivació de la sentència*

BANESTO al·lega també la falta de motivació de la sentència, no només com a conseqüència de l'error abans exposat, sinó també perquè, segons la part apel·lant, **l'única base adduïda pel jutge per qualificar el crèdit com a subordinat són les conclusions de determinat seminari de jutges mercantils que no constitueixen un fonament jurídic vàlid ni suficient.**

No hi ha dubte que les sentències han de tenir una motivació clara i completa per tal que puguin complir els requeriments propis dels tribunals d'un estat democràtic de dret –i això fa també indispensable que la càrrega d'assumptes per jutge sigui racional i permeti conciliar aquell requeriment amb l'evitació de dilacions. L'article 218 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), invocat per la part apel·lant, recorda els requisits de claredat, precisió, congruència i motivació de les sentències.

Tot i que l'error de plantejament inicial minva la claredat de l'argumentació de la sentència en examen, un mínim esforç permet comprovar que la qüestió de la subordinació del crèdit és objecte de raonament: i) al

paràgraf tercer del fonament de dret segon, de manera indirecta, mitjançant la transcripció de part d'una sentència del Jutjat Mercantil número 4 de Barcelona, que estudia específicament aquest tema; ii) al paràgraf penúltim del fonament de dret segon, el qual resumeix els arguments respecte de la qüestió continguts en les conclusions d'un seminari de jutges de jutjats mercantils de Barcelona, amb objecte d'unificar criteris interpretatius; iii) al paràgraf últim del fonament de dret segon, on el Sr. magistrat, a partir de l'examen de la documentació aportada a l'incident, en relació amb l'article 59 de la Llei concursal (LC), conclou que el crèdit és subordinat.

Per tant, deixant de banda la part del contingut dels fonaments que esdevé supèrflua, considerem que la resolució impugnada motiva de manera suficient i clara tant els aspectes fàctics com els jurídics de la matèria controvertida. Qüestió diversa, que examinarem seguidament, és que compartim o no aquella motivació.

4. *El caràcter ordinari o subordinat del crèdit. La sentència del jutjat*

El Sr. magistrat exposa que, en el supòsit de permutes de tipus d'interès, només mereixen un tractament especial (un tractament de subordinació) aquells casos en els quals l'AC, a qui correspon el reconeixement i la classificació dels crèdits, pugui provar la vinculació directa entre aquesta mena d'operacions i operacions de passiu subscrietes amb el concursat. En aquests casos, diu la sentència, en virtut del que estableix l'article 59 LC (suspensió de la meritació d'interessos des de la declaració del concurs), el contracte s'extingeix i l'AC hauria de qualificar el crèdit com a subordinat. En concret, pel que fa al cas en examen, la sentència sosté que l'anàlisi de la documentació aportada a l'incident permet afirmar l'existència de la vinculació entre el contracte de cobertura de riscos (*swap* en litigi) i les operacions de passiu subscrietes pel concursat amb l'entitat demandant, en concret, el contracte de finançament sindicat per un import –en la part subscripta amb BANESTO- coincident amb el nocional de la permuta. Segons el jutge, el contracte de permuta de tipus d'interès, les liquidacions del qual no poden estimar-se directament interessos de les operacions financeres, incideix en aquelles operacions modulant la càrrega financera de l'entitat en concurs i la remuneració pel préstec realitzat per l'entitat bancària. És a la vista d'aquesta incidència i del contingut i finalitat de l'esmentat article 59 LC, que el jutge estén l'eficàcia del precepte al resultat de les liquidacions del *swap* i considera subordinats els crèdits de la mateixa manera que se subordinen els interessos de la resta d'operacions de passiu a l'empara de l'article 59 LC.

El raonament, com s'aprecia, és ben clar i no manca de consistència.

5. *Opinió d'aquest tribunal. El crèdit és ordinari*

Aquest tribunal, en sentències anteriors, entre d'altres, de 19 de gener de 2012 i 16 de febrer de 2012, ha resolt casos similars. En examinar si el fet que existís una vinculació econòmica entre el *swap* d'interessos i l'altre contracte –en aquells casos, de compte corrent i d'arrendament financer, respectivament- era raó suficient perquè el crèdit resultant de la permuta financera s'hagués de considerar crèdit subordinat, assenyalàvem, tal como addueix ara BANESTO, que la subordinació dels crèdits establerta en l'article 92 LC opera com si es tractés d'una norma de caràcter sancionador, en establir un efecte molt sever –la postergació- respecte dels crèdits als quals s'aplica. Per això, enteníem que el precepte no podia ser objecte d'interpretació extensiva, sinó estricta. Per poder incloure en l'article 92.3 LC els crèdits procedents d'un contracte de *swap* d'interessos caldria afirmar que aquests crèdits tenen la consideració d'interessos.

Com exposàvem en aquelles resolucions, per regla general, i deixant de banda supòsits anòmals en els quals el contracte de permuta financera s'hagi pogut utilitzar amb finalitats que no li pertocuen, el que es pretén amb un contracte de permuta financera de tipus d'interès relacionat amb un altre contracte –aquí de préstec- en el qual es van pactar interessos a un tipus variable, “no és pròpiament substituir el pacte d'interessos, sinó garantir la posició econòmica de les parts davant les modificacions que el tipus pactat pot experimentar en el futur. Per tant, es tracta d'un contracte la causa del qual consisteix en reduir els riscos de pujades o baixades dels tipus d'interès, en el cas que les parts haguessin fixat un tipus d'interès variable, sotmès als canvis que marqui el mercat

Però, conclouíem, que el fet que el contracte compleixi una funció de garantia enfront de l'evolució (favorable o adversa) dels tipus d'interès no significa que les prestacions que en deriven com a conseqüència de les liquidacions negatives per al prestatari tinguin la consideració d'interessos.

La naturalesa d'aquestes prestacions és netament diferenciada d'aquella que resulta del pacte d'interessos. Ni la firma del *swap* altera les prestacions pròpies del préstec ni tampoc la firma del préstec suposa cap alteració de les prestacions del *swap*. Encara que les parts hagin decidit que la raó per subscriure el *swap* estigui relacionada amb la subscripció d'altres contractes dels quals derivarà la meritació d'un interès periòdic, aquesta no s'estima raó suficient per considerar que el contracte de *swap* ha perdut l'autonomia i que les prestacions que preveu han de ser assimilades a interessos.

En el cas en examen, dels documents 1 i 2 aportats a l'incident resulta la proximitat de les dates de contractació del préstec sindicat i del *swap* (23 d'abril de 2009 i 15 de juny de 2009, respectivament); la coincidència de les dates pactades com a venciment en tots dos contractes (23 d'abril d'anys successius) i la identitat de la suma que constitueix l'import màxim del préstec sindicat (*tram A*) i l'import nocional del *swap* -11.367.834,33 euros-. Aquesta vinculació entre els contractes, que no ha estat discutida, no es considera raó per subordinar el crèdit de BANESTO derivat del *swap*, per les raons exposades en els paràgrafs precedents.

Això no significa que compartim les consideracions del recurs d'apel·lació de BANESTO sobre la naturalesa d'indemnitzacions o compensacions per sinistre que atribueix a les liquidacions periòdiques de *swap* ni que asimilem algun exemple amb el qual el recurs il·lustra l'argumentació contrària a la subordinació del crèdit. Sí hem d'acollir les alegacions de BANESTO que recorden el tenor de la norma residual de l'article 89.3 LC (s'entenen classificats com a ordinaris els crèdits que la LC no classifica com a privilegiats ni com a subordinats) i advoquen per una interpretació no extensiva de l'article 92 LC.

Pel que s'ha exposat, estimem el recurs d'apel·lació.

6. L'estimació del recurs determina que no s'imposin les costes de la segona instància (article 398.2 LEC). Quant a les costes de la primera instància, en versar l'incident sobre una qüestió nova fins a dates recents, considerem com el jutge que els dubtes de dret fonamenten que tampoc no s'imposin les costes (articles 394.1 LEC i 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 316/2012, de 5 de Octubre de 2012.

Ponente: Elena Boet Serra

Resumen: El crédito derivado de los contratos de permuta financiera de tipos de interés (SWAP), se debe considerar como crédito concursal ordinario (y no crédito contra la masa), debido a que no es posible hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, ya que en cada una de las liquidaciones lo será para alguna de las partes. Por ello, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC, que afecta tan sólo a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

Notas: La sentencia cita la STS de 26 de marzo de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La entidad CAIXABANK, S.A. comparece como acreedora de la concursada para impugnar, con base en el artículo 96 LC, la lista de acreedores por lo que respecta a la calificación de los créditos reconocidos a su favor y dimanantes de un contrato de permuta financiera de tipos de interés o *swap* número 9853.21.0033563.89.

El contrato de permuta financiera del que dimanaban los créditos cuya clasificación concursal es objeto de la presente contienda judicial fue suscrito con fecha 25 de febrero de 2009 y estipuló como fecha de vencimiento el 1 de marzo de 2012, continuando vigente el contrato a la fecha de confeccionarse la correspondiente lista de acreedores y al tiempo de la interposición del incidente concursal del que traen causa las presentes actuaciones. Al amparo del referido contrato se han practicado varias liquidaciones periódicas de las que ha resultado un crédito a favor de la entidad actora.

El objeto de controversia lo constituye la **clasificación del crédito derivado de las liquidaciones posteriores a la fecha del auto de declaración de concurso** de 17 de mayo de 2011. En concreto, las liquidaciones vencidas y no pagadas correspondientes al período de 1 de junio a 1 de octubre de 2011 y, también, las liquidaciones pendientes de vencimiento correspondientes al período de 1 de noviembre de 2011 a la fecha de finalización del contrato, esto es, al 1 de marzo de 2012.

La administración concursal reconoce a favor de la concursada con la calificación de crédito ordinario el crédito resultante de las liquidaciones correspondientes a los meses de mayo a octubre de 2011 y clasifica como crédito contingente, con arreglo al artículo 87.3 LC, el crédito que resulte de las liquidaciones pendientes de vencimiento hasta el 1 de marzo de 2012.

La actora impugna la lista de acreedores por considerar que el crédito resultante de todas las liquidaciones del *swap* posteriores a la declaración del concurso merece la clasificación de crédito contra la masa, en virtud del art. 84.2.6 LC y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 61.2 LC (*"La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa"*).

SEGUNDO: Esta Sala, no obstante reconocer dudas de derecho en la cuestión jurídica objeto de la controversia planteada en autos y que se traslada a esta segunda instancia, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (sentencias de 22 de marzo de 2012, 13 de marzo de 2012, 9 de febrero de 2011 y 16 de mayo de 2011, entre otras) sobre la **clasificación de los créditos resultantes de las liquidaciones derivadas de las permutas financieras de intereses o swaps** sosteniendo el criterio de que el artículo 61.2.I LC no les resulta aplicable por carecer del elemento necesario integrador de la norma: *"contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento"*.

En relación a los arts. 61.2. y 62.1 LC, el Tribunal Supremo, en reciente sentencia de 26 de marzo de 2012, señala que: *"Quiso el legislador con ese conjunto normativo remediar los inconvenientes de la insuficiente regulación que habían merecido, en la legislación derogada -calificada en la exposición de motivos de la Ley 22/2.003 como muy deficiente en este punto-, los problemas que se producían cuando el concursado era parte de una relación contractual no consumada y las prestaciones debidas por cada contratante estaban conectadas por vínculo de reciprocidad con las del otro, dada la dificultad de armonizar las rígidas reglas rectoras del procedimiento concursal con las que regulan el funcionamiento de las obligaciones sinalagmáticas";* y afirma: *"la reciprocidad de dicho vínculo contractual se ha convertido en un elemento integrante del supuesto de hecho de las referidas normas. Para determinar en qué consiste hay que partir de que no existe sólo porque las dos partes contratantes queden obligadas. Antes bien, es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro."*

Los contratos de permutas financieras de intereses o *swaps* de intereses son contratos bilaterales del que pueden nacer obligaciones para ambas partes, pero no serían recíprocas, sino autónomas, razón por la cual no merecen el tratamiento previsto en el art. 61.2 LC.

Así, en las sentencias de esta Sala de 9 de febrero de 2011 y de 16 de mayo de 2011, entre otras, exponíamos que **"El contrato con obligaciones recíprocas es algo más que un contrato bilateral, obra común de dos personas o partes, que de común acuerdo configuran su contenido. La reciprocidad de prestaciones guarda relación con la categoría de contratos sinalagmáticos, en que**

existen obligaciones para ambas partes que, además, están vinculadas, en la medida en que la prestación asumida por una de las partes es causa de la contraprestación de la otra. Este vínculo o nexo se denomina técnicamente *sinalagma* y opera tanto en el nacimiento de la relación obligatoria (*sinalagma genético*) como en el cumplimiento de la obligación (*sinalagma funcional*). De este último se deriva la regla de la prestación simultánea, pues, como se ha puesto de relieve por la doctrina, la reciprocidad de las obligaciones se proyecta sobre la exigibilidad de las prestaciones, y así - por virtud de esta recíproca condicionalidad o interdependencia funcional- ninguno de los contratantes está facultado para compeler al otro a que cumpla su prestación antes de que él lo haga con la correlativa. El art. 61.2 LC, cuando se refiere al carácter recíproco de las obligaciones y a que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes, se está refiriendo a que las obligaciones contractuales pendientes de cumplimiento están interrelacionadas, en la medida en que las de una parte tienen esta vinculación funcional con las de la otra, de modo que resulta injusto exigir el cumplimiento de la parte *in bonis* y que la del concursado pase a ser crédito concursal. Estas razones de justicia no se dan cuando el contrato carece de esta interdependencia funcional, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra.

De hecho, en el contrato de *swap* de cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte. Pero se trata de obligaciones que, si bien nacen del mismo contrato, no traen causa unas de otras, son desde esta perspectiva autónomas.

Prueba de ello es que el *swap* sobre tipos de interés reúne los requisitos con que la doctrina caracteriza los contratos aleatorios: la indeterminación inicial del resultado; la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto; y la voluntariedad de las partes al asumir ese riesgo. A diferencia de los contratos conmutativos, en los que cada parte sabe desde su perfección el contenido de cada prestación, en los contratos aleatorios las partes quedan expuestas desde su perfección a unos resultados (positivos o negativos) que sólo son verificables cuando se produce el evento previsto, en nuestro caso: el tipo aplicable a la fecha convenida de cada liquidación periódica. Por eso, como se ha afirmado en la doctrina, el *swap* sobre tipos de interés encierra una apuesta bilateral, ya que las dos partes quedan obligadas desde que se confirma la operación de *swap*, pero sólo una de ellas ejecutará su prestación en cada liquidación periódica según el resultado del cálculo que corresponda a dicha liquidación.

En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes. Por ese motivo, no entran dentro del presupuesto previsto en el art. 61.2 LC, que afecta tan sólo a los *contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte*.

Por ello, debemos considerar concursales los créditos que hayan surgido a favor de la entidad apelante, CAIXABANC, S.A., en todas las liquidaciones ya practicadas tras la declaración del concurso o bien que se puedan practicar en el futuro. Con relación a los créditos que resulten de las liquidaciones pendientes de vencimiento deben calificarse, de conformidad con lo expuesto, de créditos ordinarios contingentes ex art. 87.3 LC. Pues son créditos que dependen de circunstancias aleatorias que los hacen inciertos y que no serán verificables hasta que llegada la fecha de la liquidación se determine el tipo aplicable.

TERCERO: Debido a las dudas de derecho en la resolución de la cuestión objeto de esta alzada no procede, no obstante haberse desestimado el recurso, hacer imposición de las costas del recurso, conforme lo previsto en los artículos 394.1 y 398 LEC.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 199/2013, de 14 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezcurén

Resumen: El crédito derivado de los **contratos de permuta financiera de tipo de interés** debe ser calificado como **crédito concursal ordinario**, ya que no cabe hablar de **obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes**, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes.

Notas: Referencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurso de apelación de Banco Santander S.A. impugna el pronunciamiento de la sentencia del juzgado mercantil por el que se mantiene la conceptualización de crédito concursal al crédito de la entidad bancaria derivado de las liquidaciones de determinada permuta financiera posteriores a la declaración de concurso. Se trata de la confirmación de permuta financiera de tipo de interés de 7 de abril de 2009, en el contrato marco de operaciones financieras de la misma fecha, firmado entre Banco Santander S.A. y la concursada, HID. VIL., S.A.

2. La parte apelante se refiere a los diversos criterios jurisprudenciales sobre la materia y se inclina por aquellas decisiones que consideran la permuta financiera como un contrato bilateral, sinalagmático, con operaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, que habrán de originar un crédito contra la masa en el sentido del artículo 84.2.6º LC. Según Banco Santander, al swap le es aplicable el artículo 61.2 LC, por remisión del artículo 16.2 del Real Decreto 5/2005

3. Este tribunal ha abordado en ocasiones anteriores la controversia sobre la naturaleza de los créditos derivados de las liquidaciones post-concursales de los contratos de permuta financiera. Entre otras, pueden citarse las sentencias de 9 y 21 de febrero de 2011 y 18 de marzo de 2011, dictadas en incidentes concursales en que era parte demandante Banco Santander. Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra ésta última sentencia fueron desestimados por la Sentencia de 9 de enero de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que mantuvo respecto de la cuestión que nos ocupa el mismo criterio que en su **Sentencia de 8 de enero de 2013**.

Atendida la jurisprudencia citada y el hecho de que los razonamientos del recurso son los ya sostenidos entonces por la actora y por otras entidades crediticias, sin elementos que nos conduzcan a un cambio de postura, debemos reiterar aquí, en lo sustancial, lo dicho en aquellas resoluciones.

4. En primer lugar, estimamos que a la **permuta financiera de tipos de interés** objeto de este incidente **no le es aplicable el régimen especial previsto en el RDL 5/2005, de 11 de marzo**, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. Entendemos que la existencia de una **pluralidad de operaciones financieras es un requisito esencial y estructural para la aplicación de las normas relativas al acuerdo de compensación contractual**. La compensación a que alude el artículo 5 del RDL 5/2005 no es la compensación entre saldos o interna dentro de una misma operación de swap, sino la compensación entre operaciones distintas. En nuestro caso, aparte del swap de tipos de interés, no se ha mencionado ni justificado la existencia de otras operaciones financieras incluidas o afectadas por el acuerdo de compensación contractual. El swap sobre intereses es una única operación financiera, sin perjuicio de que se vayan produciendo las liquidaciones periódicas y sucesivas en el tiempo. Por esta razón, si en el marco de un acuerdo de compensación o en relación con él tan sólo se ha realizado una operación financiera, el *swap* sobre tipos de interés, no cabe hablar de compensación alguna a los efectos del artículo 5 RDL 5/2005 y por ende no resulta de aplicación el artículo 16 RDL 5/2005.

5. Descartada la aplicabilidad del RDL invocado, se debe estar a las **reglas generales del artículo 61 LC y determinar si se trata o no de un contrato con obligaciones recíprocas, pendiente de cumplimiento por ambas partes.**

La STS citada, de 9 de enero de 2013 expone que *"ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por "obligaciones recíprocas", limitándose este a mencionar las "prestaciones recíprocas" en el artículo 1120, las "obligaciones recíprocas" en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses" en el 1289, lo que ha dado lugar a que en ocasiones con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos "onerosos", de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.*

Añade que *"la jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el "sinalagma genético", referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el "sinalagma funcional" en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere "al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)", la de 14 de mayo de 1982 al "contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia", la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que "las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente", la 458/1996, de 8 de junio, al "sinalagma funcional", la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que "las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor"*.

Consideramos, como dijimos en las sentencias anteriores, que el **artículo 61.2 LC, cuando se refiere al carácter recíproco de las obligaciones y a que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes, se está refiriendo a que las obligaciones contractuales pendientes de cumplimiento están interrelacionadas, en la medida en que las de una parte tienen esta vinculación funcional con las de la otra, de modo que resulta injusto exigir el cumplimiento de la parte *in bonis* y que la obligación del concursado pase a ser crédito concursal.** Estas razones de justicia no se dan cuando el contrato carece de esta interdependencia funcional, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes, en este caso para la concursada, no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra.

Señalábamos que, de hecho, en el contrato de *swap* de cada liquidación periódica aflora una única obligación para una sola de las partes, sin perjuicio de que en futuras liquidaciones, por el cambio de las circunstancias, pudiera surgir alguna otra obligación para la otra parte. Pero se trata de obligaciones que, si bien nacen del mismo contrato, no traen causa unas de otras, son desde esta perspectiva autónomas. En consecuencia, no cabe hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, pues en cada una de las liquidaciones lo será por alguna de las partes. Por ese motivo, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC.

En consecuencia, debemos rechazar la calificación pretendida por la parte apelante, de crédito contra la masa, y debemos confirmar íntegramente la sentencia del juzgado mercantil que considera el crédito derivado de los contratos de permuta financiera de tipo de interés, como crédito concursal ordinario.

6. Las serias dudas de derecho que la controversia planteaba y la inexistencia de jurisprudencia sobre la materia hasta fecha reciente determinan que no se impongan las costas de la apelación, pese a la desestimación del recurso (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 de la Ley concursal).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 226/2013, de 28 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: El crédito derivado de los **contratos de permuta financiera de tipos de interés (SWAP)**, se debe considerar como **crédito concursal ordinario** (y no crédito contra la masa), debido a que no se puede hablar de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, ya que en cada una de las liquidaciones lo será solamente para una de las partes. Por ello, no entran dentro del presupuesto previsto en el artículo 61.2 LC.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial del TS sobre la permuta financiera de 9 de enero de 2013.

FONAMENTS DE DRET

1. El recurs d'apel·lació de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (en endavant, BBVA) impugna el pronunciament de la sentència del jutjat mercantil que manté la conceptuació de crèdit concursal sobre el crèdit de l'entitat bancària derivat de les liquidacions de determinades permutes financeres posteriors a la declaració de concurs. Es tracta de les permutes financeres de tipus d'interès subscrietes amb la concursada, NO. TEC. EL., S.A., els dies 6 d'octubre de 2008 i 5 de novembre de 2009.

2. La part apel·lant invoca en el recurs la normativa que BBVA estima aplicable a les operacions de derivats i les resolucions dels tribunals que consideren la permuta financera com un contracte bilateral, sinal·lagmàtic, amb operacions recíproques pendents de compliment per ambdues parts, que originarien un crèdit contra la massa en el sentit de l'article 84.2.6è LC. Segons BBVA, al swap li és aplicable l'article 61.2 LC, per remissió de l'article 16.2 del Reial Decret 5/2005.

3. Com exposa la sentència impugnada, aquest tribunal ha tractat en ocasions anteriors la controvèrsia sobre la **naturalesa dels crèdits derivats de les liquidacions post-concursals dels contractes de permuta financera**. Entre d'altres, podem esmentar les sentències de 9 de febrer i 18 de març de 2011. Els recursos extraordinaris per infracció processal i de cassació contra aquestes sentències han estat desestimats per les **Sentències de 8 i 9 de gener de 2013 de la Sala Primera del Tribunal Suprem**.

Atesa la jurisprudència citada i el fet que els raonaments del recurs són els que ja van sostenir aleshores – quan es van dictar les sentències esmentades- la demandant i altres entitats financeres, sense elements que ens puguin conduir a un canvi de criteri, hem de reiterar substancialment el que vam dir en aquelles resolucions.

4. En primer lloc, estimem que a **les permutes financeres de tipus d'interès objecte d'aquest incident no els és aplicable el règim especial previst en el RDL 5/2005, d'11 de març, de reformes urgents per a l'impuls a la productivitat i per a la millora de la contractació pública**. Entenem que la **existència d'una pluralitat d'operacions financeres és un requisit essencial i estructural per aplicar les normes relatives a l'acord de compensació contractual**. La compensació a la qual al·ludeix l'article 5 del RDL 5/2005 no és la compensació entre saldos o interna dins d'una mateixa operació de swap, sinó la compensació entre operacions diferents.

5. Descartada l'aplicabilitat del RDL invocat, s'ha d'estar a les **regles generals de l'article 61 LC i determinar si es tracta o no d'un contracte amb obligacions recíproques, pendent de compliment per ambdues parts**.

La STS citada, de 9 de gener de 2013 exposa: "*ni la Ley Concursal ni el Código Civil definen qué debe entenderse por "obligaciones recíprocas", limitándose este a mencionar las "prestaciones recíprocas" en el artículo 1120, las "obligaciones recíprocas" en el 1100 y el 1124 y la reciprocidad de intereses" en el 1289, lo que ha dado lugar a que en ocasiones con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos "onerosos", de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes.*

Afegeix: "*la jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el "sinalagma genético", referido al momento en el que se perfecciona la relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación y el "sinalagma funcional" en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 1979 se refiere "al sinalagma funcional o interdependencia que es su característica (de las obligaciones recíprocas)", la de 14 de mayo de 1982 al "contrato sinalagmático (con sinalagma genético y funcional) en el que se pactaron obligaciones recíprocas ligadas por un nexo de interdependencia", la 1033/1994 de 18 de noviembre, reiterada en la 814/2007, de 5 de julio afirma que "las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble, el genérico en cuanto una atribución obligacional debe su origen a la otra, y el funcional significativo de la interdependencia que las dos relaciones obligacionales tienen entre sí en cuanto a su cumplimiento; de tal forma que cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente", la 458/1996, de 8 de junio, al "sinalagma funcional", la 1194, de 9 de diciembre de 2004, reiterada en las sentencias 168/2010, de 30 de marzo, 108/2011, de 10 de marzo y 132/2011, de 11 de marzo, sostiene que "las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor".*

Considerem, com vam dir en les sentències anteriors, que l'article 61.2 LC, quan es refereix al caràcter recíproc de les obligacions i al fet que estiguin pendents de compliment per ambdues parts, s'està referint al fet que les obligacions contractuals pendents de compliment estiguin interrelacionades, en la mesura en què les d'una part tinguin aquesta vinculació funcional amb les de l'altra, de manera que resulta injust exigir el compliment de la part *in bonis* i que l'obligació del concursat passi a ser crèdit concursal. Aquestes raons de justícia no es donen quan el contracte manca de la interdependència funcional descrita, perquè les prestacions pendents de compliment per a una de les parts, en aquest cas per a la concursada, no guarden relació causal amb les que es puguin derivar en el futur per a l'altra.

Dèiem que, de fet, en el contracte de *swap*, de cada liquidació periòdica aflora una única obligació per una sola de les parts, sens perjudici que en futures liquidacions, pel canvi de les circumstàncies, pogués sorgir alguna altra obligació per a l'altra part. Però es tracta d'obligacions que, si bé neixen del mateix contracte, no porten causa les unes de les altres, són –des d'aquesta perspectiva– autònomes. En conseqüència, no es pot parlar d'obligacions recíproques pendents de compliment per ambdues parts, ja que en cadascuna de les liquidacions ho serà per a alguna de les parts. Per aquest motiu, no entren dins del pressupòsit previst en l'article 61.2 LC.

Per tant, hem de rebutjar la qualificació pretesa per la part apel·lant, de crèdit contra la massa, i hem de confirmar íntegrament la sentència del jutjat mercantil que considera el crèdit derivat dels contractes de permuta financera de tipus d'interès, com a crèdit concursal ordinari.

6. Considerem, com el Sr. magistrat del jutjat mercantil, que els seriosos dubtes de dret que plantejava la controvèrsia i la inexistència de jurisprudència sobre la matèria fins a data recent determinen que no s'imposin les costes de l'apel·lació, malgrat la desestimació del recurs (articles 398.1 i 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil i 196.2 de la Llei concursal).

Sentencia nº 385/2012, de 21 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En el **contrato de arrendamiento financiero**, para saber la calificación de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso, hay que analizar las cláusulas contractuales de cada caso concreto, al efecto de comprobar si la entidad de **leasing** soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien.

Si el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, será un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse **con cargo a la masa**.

En cambio, si en el contrato el arrendador financiero introduce **cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad** y que le eximen de cualquier obligación, hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria, el crédito en el concurso deberá ser clasificado **con privilegio especial** (art. 90.1.4º LC) que, excepcionalmente, para evitar la realización del bien, pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa (art. 56 LC).

Notas: Referencia a la doctrina jurisprudencial sobre *leasing* de 4 de diciembre de 2007.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- CAIXABANK S.A. recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, de 12 de diciembre de 2011, que confirma el criterio de la administración concursal de calificar como crédito privilegiado especial el derivado del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre las partes el día 18 de septiembre de 2008, que tenía por objeto equipos informáticos. La sentencia de instancia corrobora el criterio de la administración concursal, coincidente con el de la concursada, de reconocer como crédito concursal privilegiado especial las cuotas posteriores a la declaración.

CAIXABANK S.A., por su parte, aun siendo concedora del criterio de esta Sala, mantiene que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato con obligaciones recíprocas en el que, mientras continúe vigente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84.2.6º y 7º y 61.2º de la Ley Concursal, las cuotas que se devenguen han de atenderse con cargo a la masa. Esto es, las cuotas devengadas e impagadas con anterioridad a la declaración de concurso deben ser incluidas en la lista de acreedores como un crédito concursal, con privilegio especial, en tanto que las cuotas que se devenguen con posterioridad, sin perder su privilegio, deben satisfacerse con cargo a la masa. La Ley 28/2011, de 10 de Octubre, de Reforma Concursal, que estaba en tramitación parlamentaria en el momento en que se interpuso la demanda, avalaría tal conclusión.

SEGUNDO.- El recurso plantea la cuestión, de índole esencialmente jurídica, relativa a la calificación de las cuotas del contrato de arrendamiento financiero que se devenguen con posterioridad a la declaración de concurso. Esta Sala ha mantenido, variando su criterio inicial, que el crédito tiene naturaleza concursal, sin perjuicio del privilegio especial del artículo 90.1.4º (sentencias de 9 de noviembre de 2010 –ROJ 7981/2010-, 9 de febrero de 2012 –ROJ 3300/2012- o 5 de julio de 2011 –ROJ 8916/2012). Y ello con apoyo en los siguientes argumentos que se sistematizan en esta última sentencia;

1. Aunque se insista en muchos pronunciamientos acerca del carácter atípico de este contrato, en la práctica no lo es tanto, pues goza de cierto tratamiento legal en la disposición adicional 7ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en el art. 1.1.c) RD 692/1996 sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y en la disposición adicional 1ª de la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM). **La jurisprudencia, apoyada en esta normativa y teniendo en cuenta el**

principio de autonomía de la voluntad aplicado a los contratos (art. 1255 CC), lo concibe como un contrato "por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirido de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo" [SSTS (1ª) 14-XII-2004 (RJ 20048038) y 4-XII-2007(RJ 200842)].

El principal interés de la jurisprudencia ha sido diferenciar el leasing de los contratos de venta a plazos de bienes muebles y de préstamo de financiación al comprador, para justificar que no resulta de aplicación directa su peculiar régimen jurídico al leasing. Para ello, insiste en que "la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988, 29-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disp. adic. 7ª, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota [SSTS (1ª) 4-VI-2001 (RJ 20016665), 21-XII-2001 (RJ 2002250) y 4-XII-2007(RJ 200842)]."

2. A los efectos de la presente controversia interesa determinar si un contrato de leasing pendiente de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso de acreedores, lo está respecto de las prestaciones de una sola de las partes o si lo está respecto de las dos.

Está claro que el arrendatario financiero, en relación con las cuotas no vencidas, tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión es si, a los efectos del art. 61 LC, cabe considerar que se encuentran pendientes de cumplimiento obligaciones por parte de la entidad de leasing.

Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009(RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo, y que durante la pendencia del mismo, el arrendador financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero. Razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaba pendiente de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el art. 61.2 LC. Pero, como se ha dicho, esta postura fue reconsiderada en nuestra sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Rollo 359/10).

3. Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, para su incorporación a la actividad empresarial del usuario, son adquiridos por la entidad financiera con la única finalidad de ceder su uso al arrendatario financiero, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés. Tales bienes cuyo uso se cede con el contrato son adquiridos del fabricante o distribuidor, y la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.

Así resulta del contrato objeto de autos pues se prevén las consecuencias derivadas, tan sólo, del incumplimiento del arrendatario, y no del arrendador, estipulándose expresamente que, por haber sido elegidos los bienes por el arrendatario, la arrendadora queda relevada de cualquier responsabilidad por inadecuación objetiva o subjetiva de tales bienes, así como de los perjuicios que pueda sufrir el arrendatario como consecuencia de su defectuoso funcionamiento y averías, sin que por ello pueda dejar de pagar el canon pactado. "Por consiguiente, el arrendatario asume cuantas responsabilidades, directas o subsidiarias, pudieran corresponder, legal o contractualmente, a la arrendadora como propietaria de los bienes, y le exonera de toda responsabilidad para los supuestos de saneamiento por evicción y/o vicios ocultos, subrogándose el arrendatario en las posibles acciones contra el proveedor de los bienes y renunciando a

cualquier reclamación al respecto contra la arrendadora" (cláusula segunda).

Se desprende de ello que **la entidad financiera da por cumplida íntegramente su prestación con la entrega al arrendatario de los bienes previamente adquiridos al proveedor, a salvo la transmisión de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario.** De esta forma, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario, debe estimarse que tan sólo están pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago a cargo del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

4. La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, "las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda". **Aunque lo que se transmita sea una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera.** Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el **reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4º LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.**

5. No obsta lo anterior que, **en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario,** de tal forma que la obligación de la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario de hacer uso de la opción de compra, si bien bastará el mero acuerdo de voluntades para que se produzca la transmisión del dominio, ya que el bien está en posesión del adquirente (*traditio brevi manu*).

6. Todo lo anterior nos lleva a concluir que **al tiempo de declararse el concurso, el contrato o contratos estaban únicamente pendientes de cumplimiento por una de las partes, el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas.** Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.

Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado según el art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que **son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.**

TERCERO.- Entendemos que **las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, no deben llevarnos a reconsiderar nuevamente el criterio expuesto para volver a nuestra posición inicial.** La Reforma da nueva redacción a dos preceptos referidos al arrendamiento financiero. De un lado, de acuerdo con el artículo 82.5º, "los bienes de propiedad ajena en

poder del concursado y sobre los que éste tenga un derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado". Nada nuevo, a estos efectos, por cuanto **la valoración del derecho de uso en el inventario en modo alguno permite deducir que subsista alguna obligación para la arrendadora, tras la declaración del concurso, para garantizar ese derecho de uso.**

En segundo lugar, el artículo 61.2º, que permite resolver, en interés del concurso, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, contempla, en el marco la acción que ha de dirimir si es procedente la resolución y, en su caso, las consecuencias de la misma, la siguientes previsión; "cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización".

Hay quien considera que con dicha previsión el Legislador toma postura por una de las dos interpretaciones que se venían manteniendo en la doctrina y en la práctica judicial. La norma incardina el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, por lo que debe deducirse que esa es su naturaleza y, por tanto, que las cuotas posteriores habrán de atenderse con cargo a la masa. Así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de abril de 2012, que, eso sí, admite que la nueva redacción no zanja definitivamente la polémica (ROJ 1121/2012)).

Consideramos, por el contrario, que una **simple referencia de índole procesal** y, más en concreto, en materia de prueba, **no es suficiente para** definir el contenido de un contrato y para presumir que, en cualquier caso, **el contrato de arrendamiento financiero impone al arrendador financiero obligaciones más allá de la declaración de concurso.** Es más, según la tesis que venimos manteniendo, es necesario analizar en cada caso concreto las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien. Si, efectivamente, el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, el contrato, indudablemente, lo será con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse con cargo a la masa. Para ese supuesto serviría la nueva previsión del artículo 61.2º de la Ley Concursal.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso. **La recurrente sostiene que "viene obligada a mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien arrendado", obligación que se mantiene tras la declaración. Sin embargo la alegación lo es en un plano meramente teórico, por cuanto en el contrato la propia entidad de leasing ha introducido cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad y que le eximen de cualquier obligación (estipulación segunda), hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria.**

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada.

CUARTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, que se han acrecentado con la Ley 38/2011, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 427/2012, de 18 de Diciembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En el **contrato de arrendamiento financiero**, para saber la calificación de las **cuotas** devengadas tras la declaración de concurso, hay que analizar las cláusulas contractuales de **cada caso concreto**, al efecto de comprobar si la entidad de **leasing** soporta algún tipo de **responsabilidad o de obligación** tras la entrega del bien.

Si el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, será un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse **con cargo a la masa**.

En cambio, si en el contrato el arrendador financiero introduce cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad y que le eximen de cualquier obligación, hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria, el crédito en el concurso deberá ser clasificado **con privilegio especial** (art. 90.1.4º LC) que, excepcionalmente, para evitar la realización del bien, pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa (art. 56 LC).

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial relativa al leasing (SSTS 14 de diciembre 2004 y 4 de diciembre de 2007).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad demandante ejerció acción resolutoria del contrato de arrendamiento financiero suscrito con la concursada el 21 de noviembre de 2006 (contrato número 686.610), que tenía por objeto un vehículo TOYOTA RAV-4. Según se afirmó en la demanda, la concursada había dejado de atender tres cuotas del último semestre del año 2008, y todas las vencidas a partir del 21 de enero de 2009. Como consecuencia de la resolución, interesó se abonara con cargo a la masa todas las cuotas devengadas tras la declaración, se condenara a la demandada a la devolución del vehículo y al pago de las indemnizaciones previstas en la estipulación novena del contrato.

La sentencia de instancia, que acoge los motivos de oposición invocados por la concursada y la administración concursal, desestima íntegramente la demanda. De acuerdo con el criterio sentado por esta misma Sala a partir de su sentencia de 9 de noviembre de 2010, por no ser el contrato de arrendamiento financiero un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de una y otra parte, el *juez a quo* concluye que no es procedente la resolución amparada en el artículo 62 de la Ley Concursal. Por tanto, no es posible calificar como créditos contra la masa las cuotas posteriores a la declaración del concurso y la entidad demandante debería acudir, en su caso, a la acción de recuperación regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- En un único escrito en el que articula tres recursos de apelación contra tres sentencias dictadas en el mismo concurso en los incidente concursales 209/2011 (sobre resolución de dos contratos de arrendamiento financiero), 239/2011 (sobre impugnación de la lista de acreedores) y en el presente incidente 210/2011, la parte actora, por lo que a la sentencia que nos ocupa se refiere, limita su reclamación al **reconocimiento como crédito contra la masa del importe de las 24 cuotas que han resultado impagadas tras la declaración de concurso**. Desiste, por tanto, de reclamar otras cantidades como indemnización, por cuanto el contrato ya ha vencido y, en consecuencia, no es posible ya la resolución anticipada. También desiste de la pretensión de devolución del vehículo, dado que, al parecer, ya lo había convenido con la administración concursal y sólo estaba a la espera de que se materializara la entrega. Así se deduce del recurso, en el que, tras afirmar que “sin perjuicio de que se haga efectiva la devolución del citado vehículo”, añade que “no tiene nada que añadir entorno a la devolución de los” bienes en leasing –los DUMPERS objeto de otros dos contratos, que ya han sido retornados, y el vehículo-, por lo que se “centra” en la reclamación de las cuotas posteriores a la declaración y su “correcta calificación” (folios 57 y 58). También al resumir su reclamación en cuanto a los contratos de arrendamiento financiero (folio 74) reduce su pretensión a la calificación de las cuotas devengadas tras la declaración, al igual que en el suplico del recurso

(folio 78).

La parte actora justifica la calificación como crédito contra la masa de las cuotas posteriores a la declaración de concurso en la naturaleza del contrato, rechazando que, tras su perfección, sólo estén pendientes obligaciones para una sola de las partes. A su entender, el arrendador vendría obligado a mantener al arrendatario financiero en el goce pacífico de la cosa arrendada (artículo 1.554.3º del Código Civil) "por todo el tiempo del contrato". Cita, a tal efecto, distintas resoluciones de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales. Por último, también alega la voluntad del Legislador, expresada en la nueva redacción del artículo 61.2º introducida por la Reforma operada por la Ley 38/2011.

La concursada, al oponerse al recurso de apelación, corrobora que la cuestión relativa a la restitución de los bienes objeto de arrendamiento financiero "ha sido ya resuelta", quedando sin objeto. Y, en cuanto a la calificación del crédito, remitiéndose al contenido del contrato, afirma que sólo quedaban pendientes obligaciones a cargo de HI. Por último entiende que el vigente artículo 61.2º de la Ley Concursal no resulta de aplicación al presente caso y, en cualquier caso, no supone más que el reconocimiento expreso de que pueden existir contratos de arrendamiento financiero que contengan obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración de concurso.

TERCERO.- Planteados los términos del debate, si bien inicialmente el incidente se planteó como una acción resolutoria de un **contrato de arrendamiento financiero** y de reconocimiento de crédito contra la masa, finalmente el objeto ha quedado limitado a esta segunda pretensión, esto es, el **tratamiento que debe darse a las cuotas devengadas tras la declaración de concurso**.

Pues bien, esta Sala ha mantenido, variando su criterio inicial, que el **crédito derivado de un contrato de arrendamiento financiero –también el devengado tras la declaración- tiene naturaleza concursal, sin perjuicio del privilegio especial del artículo 90.1.4º** (sentencias de 9 de noviembre de 2010 –ROJ 7981/2010-, 9 de febrero de 2012 –ROJ 3300/2012- o 5 de julio de 2011 –ROJ 8916/2012). Y ello con apoyo en los siguientes argumentos que se sistematizan en esta última sentencia;

1. Aunque se insista en muchos pronunciamientos acerca del carácter atípico de este contrato, en la práctica no lo es tanto, pues goza de cierto tratamiento legal en la disposición adicional 7ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en el art. 1.1.c) RD 692/1996 sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y en la disposición adicional 1ª de la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM). **La jurisprudencia, apoyada en esta normativa y teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad aplicado a los contratos (art. 1255 CC), lo concibe como un contrato "por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirido de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo"** [SSTS (1ª) 14-XII-2004 (RJ 20048038) y 4-XII-2007(RJ 200842)].

El principal interés de la jurisprudencia ha sido diferenciar el leasing de los contratos de venta a plazos de bienes muebles y de préstamo de financiación al comprador, para justificar que no resulta de aplicación directa su peculiar régimen jurídico al leasing. Para ello, insiste en que **"la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988, 29-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disp. adic. 7ª, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota** [SSTS (1ª) 4-VI-2001 (RJ 20016665),21-XII-

2001 (RJ 2002250) y 4-XII-2007(RJ 200842)]."

2. A los efectos de la presente controversia interesa determinar si un contrato de leasing pendiente de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso de acreedores, lo está respecto de las prestaciones de una sola de las partes o si lo está respecto de las dos.

Está claro que el arrendatario financiero, en relación con las cuotas no vencidas, tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión es si, a los efectos del *art. 61 LC*, cabe considerar que se encuentran pendientes de cumplimiento obligaciones por parte de la entidad de leasing.

Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009(RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo, y que durante la pendencia del mismo, el arrendador financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero. Razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaba pendiente de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el *art. 61.2 LC*. Pero, como se ha dicho, esta postura fue reconsiderada en nuestra sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Rollo 359/10).

3. Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, para su incorporación a la actividad empresarial del usuario, son adquiridos por la entidad financiera con la única finalidad de ceder su uso al arrendatario financiero, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés. Tales bienes cuyo uso se cede con el contrato son adquiridos del fabricante o distribuidor, y la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.

Así resulta del contrato objeto de autos pues se **prevén las consecuencias derivadas, tan sólo, del incumplimiento del arrendatario, y no del arrendador** (cláusulas novena y décima). En la cláusula primera el "usuario declara indemne al arrendador financiero de toda responsabilidad por causa de la idoneidad, rendimiento, diseño, calidad, durabilidad, posibles vicios de fabricación o funcionamiento y resultados de los bienes". También exime al arrendador de su responsabilidad por la entrega y éste le cede las acciones que pudieran corresponderle frente al propietario.

Se desprende de ello que **la entidad financiera da por cumplida íntegramente su prestación con la entrega al arrendatario de los bienes previamente adquiridos al proveedor, a salvo la transmisión de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario**. De esta forma, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario, debe estimarse que tan sólo están pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago a cargo del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

4. La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, "las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda". Aunque lo que se transmita sea una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el *art. 90.1.4º LC* distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.

5. No obsta lo anterior que, **en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario**, de tal forma que la obligación de la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta **compraventa** no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un **negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad**, en este caso del arrendatario de hacer uso de la opción de compra, si bien bastará el mero acuerdo de voluntades para que se produzca la transmisión del dominio, ya que el bien está en posesión del adquirente (*traditio brevi manu*).

6. Todo lo anterior nos lleva a concluir que **al tiempo de declararse el concurso, el contrato o contratos estaban únicamente pendientes de cumplimiento por una de las partes, el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas. Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.**

Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado según el art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que **son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.**

CUARTO.- Como ya hemos señalado en nuestra anterior sentencia de 21 de noviembre de 2012 (Rollo 526/2012) entendemos que **las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, no deben llevarnos a reconsiderar nuevamente el criterio expuesto para volver a nuestra posición inicial.** La Reforma da nueva redacción a dos preceptos referidos al arrendamiento financiero. De un lado, de acuerdo con el artículo 82.5º, “los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga un derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado”. Nada nuevo, a estos efectos, por cuanto **la valoración del derecho de uso en el inventario en modo alguno permite deducir que subsista alguna obligación para la arrendadora, tras la declaración del concurso, para garantizar ese derecho de uso.**

En segundo lugar, el artículo 61.2º, que permite resolver, en interés del concurso, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, contempla, en el marco la acción que ha de dirimir si es procedente la resolución y, en su caso, las consecuencias de la misma, la siguiente previsión; “cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización”.

Hay quien considera que con dicha previsión el Legislador toma postura por una de las dos interpretaciones que se venían manteniendo en la doctrina y en la práctica judicial. La norma incardina el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, por lo que debe deducirse que esa es su naturaleza y, por tanto, que las cuotas posteriores habrán de atenderse con cargo a la masa. Así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de abril de 2012, que, eso sí, admite que la nueva redacción no zanja definitivamente la polémica (ROJ 1121/2012)).

Consideramos, por el contrario, que una **simple referencia de índole procesal** y, más en concreto, en materia de prueba, **no es suficiente para definir el contenido de un contrato y para presumir** que, en cualquier caso, **el contrato de arrendamiento financiero impone al arrendador financiero obligaciones**

más allá de la declaración de concurso. Es más, según la tesis que venimos manteniendo, es necesario analizar en cada caso concreto las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien. Si, efectivamente, el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, el contrato, indudablemente, lo será con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse con cargo a la masa. Para ese supuesto serviría la nueva previsión del artículo 61.2º de la Ley Concursal.

QUINTO.- Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso. La recurrente sostiene que “viene obligada a mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien arrendado”, obligación que se mantiene tras la declaración. Sin embargo la alegación lo es en un plano meramente teórico, por cuanto en el contrato la propia entidad de leasing ha introducido cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad y que le eximen de cualquier obligación, hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria.

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada.

SEXTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, que se han acrecentado con la Ley 38/2011, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 53/2013, de 31 de Enero de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Si al tiempo de declararse el concurso, el **contrato de arrendamiento financiero** está únicamente pendiente de cumplimiento por una de las partes (las cuotas aún no vencidas, del arrendatario financiero), conforme al art. 61.1 LC, ese crédito deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC. En cuanto a su clasificación, se deben clasificar como **créditos concursales con privilegio especial** (art. 90.1.4º LC).

En todo caso, es necesario **analizar en cada caso concreto** las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien. Si, efectivamente, el arrendador financiero se obliga, realmente, frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, el contrato, indudablemente, lo será con **obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes** y el crédito en el concurso deberá satisfacerse con **cargo a la masa**.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial del TS sobre *leasing* en su S de 4 de diciembre de 2007.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- CAIXABANK S.A. recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, de 21 de junio de 2011, que confirma el criterio de la administración concursal de calificar como crédito privilegiado especial el derivado del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre las partes el día 5 de junio de 2007, que tenía por objeto un ascensor con montacargas. La sentencia de instancia corrobora el criterio de la administración concursal, coincidente con el de la concursada, de reconocer como crédito concursal privilegiado especial las cuotas posteriores a la declaración.

CAIXABANK S.A., por su parte, aun siendo concedora del criterio de esta Sala, mantiene que el contrato de arrendamiento financiero es un contrato con obligaciones recíprocas en el que, mientras continúe vigente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84.2.6º y 7º y 61.2º de la Ley Concursal, las cuotas que se devenguen han de atenderse con cargo a la masa. Esto es, las cuotas devengadas e impagadas con anterioridad a la declaración de concurso deben ser incluidas en la lista de acreedores como un crédito concursal, con privilegio especial, en tanto que las cuotas que se devenguen con posterioridad, sin perder su privilegio, deben satisfacerse con cargo a la masa. La Ley 38/2011, de 10 de Octubre, de Reforma Concursal, que estaba en tramitación parlamentaria en el momento en que se interpuso la demanda, avalaría tal conclusión.

SEGUNDO.- El recurso plantea la cuestión, de índole esencialmente jurídica, relativa a la **calificación de las cuotas del contrato de arrendamiento financiero que se devenguen con posterioridad a la declaración de concurso**. Esta Sala ha mantenido, variando su criterio inicial, que el crédito tiene naturaleza concursal, sin perjuicio del privilegio especial del artículo 90.1.4º (Sentencias de 9 de noviembre de 2010 –ROJ 7981/2010-, 9 de febrero de 2012 –ROJ 3300/2012- o 5 de julio de 2011 –ROJ 8916/2012). Y ello con apoyo en los siguientes argumentos que se sistematizan en esta última sentencia:

1. Aunque se insista en muchos pronunciamientos acerca del carácter atípico de este contrato, en la práctica no lo es tanto, pues goza de cierto tratamiento legal en la disposición adicional 7ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en el art. 1.1.c) RD 692/1996 sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y en la disposición adicional 1ª de la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM). La jurisprudencia, apoyada en esta normativa y teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad aplicado a los contratos (art. 1255 CC), lo concibe como un **contrato "por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirido de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo"** [SSTS (1ª) 14-XII-2004 (RJ 20048038) y 4-XII-2007(RJ 200842)].

El principal interés de la jurisprudencia ha sido diferenciar el leasing de los contratos de venta a plazos de bienes muebles y de préstamo de financiación al comprador, para justificar que no resulta de aplicación directa su peculiar régimen jurídico al leasing. Para ello, insiste en que "la finalidad del leasing , es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988, 29-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disp. adic. 7ª, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota [SSTS (1ª) 4-VI-2001 (RJ 20016665),21-XII-2001 (RJ 2002250) y 4-XII-2007(RJ 200842)].

2. A los efectos de la presente controversia interesa **determinar si un contrato de leasing pendiente de cumplimiento al tiempo de declararse el concurso de acreedores, lo está respecto de las prestaciones de una sola de las partes o si lo está respecto de las dos.**

Está claro que el arrendatario financiero, en relación con las cuotas no vencidas, tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión es **si, a los efectos del art. 61 LC, cabe considerar que se encuentran pendientes de cumplimiento obligaciones por parte de la entidad de leasing.**

Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009 (RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo, y que durante la pendencia del mismo, el arrendador financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero. Razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaba pendiente de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el art. 61.2 LC. Pero, como se ha dicho, esta postura fue reconsiderada en nuestra sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Rollo 359/10).

3. Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, para su incorporación a la actividad empresarial del usuario, son adquiridos por la entidad financiera con la única finalidad de ceder su uso al arrendatario financiero, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés. Tales bienes cuyo uso se cede con el contrato son adquiridos del fabricante o distribuidor, y la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.

Así resulta del contrato objeto de autos, que prevé las consecuencias derivadas, tan sólo, del incumplimiento del arrendatario, y no del arrendador, estipulándose expresamente que, por haber sido elegidos los bienes por el arrendatario, la arrendadora “queda liberada de cualquier responsabilidad por la idoneidad, funcionamiento, por el estado o por cualquier otra circunstancia o condición de los bienes adquiridos” (estipulación tercera). Por ello la entidad arrendadora cede al arrendatario financiero todos los derechos y todas las acciones que correspondan frente al proveedor de los bienes o frente al fabricante.

Se desprende de ello que la entidad financiera da por cumplida íntegramente su prestación con la entrega al arrendatario de los bienes previamente adquiridos al proveedor, a salvo la transmisión de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario. De esta forma, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario, debe estimarse que tan sólo están pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago a cargo del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

4. La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, “las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda”. Aunque lo que se transmita sea una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4º LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.

5. No obsta lo anterior que, en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario, de tal forma que la obligación de la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagados todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario de hacer uso de la opción de compra, si bien bastará el mero acuerdo de voluntades para que se produzca la transmisión del dominio, ya que el bien está en posesión del adquirente (*traditio brevi manu*).

6. Todo lo anterior nos lleva a concluir que al tiempo de declararse el concurso, el contrato o contratos estaban únicamente pendientes de cumplimiento por una de las partes, el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas. Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.

Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado según el art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que **son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.**

TERCERO.- Como ya hemos señalado en nuestras anteriores sentencias de 21 de noviembre de 2012 (Rollo 526/2012) y 18 de diciembre de 2012 (Rollo 472/2012), entendemos que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, no debe llevarnos a reconsiderar nuevamente el criterio expuesto para volver a nuestra posición inicial. La Reforma da nueva redacción a dos preceptos referidos al arrendamiento financiero. De un lado, de acuerdo con el artículo 82.5º, "los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga un derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado". Nada nuevo, a estos efectos, por cuanto la valoración del derecho de uso en el inventario en modo alguno permite deducir que subsista alguna obligación para la arrendadora, tras la declaración del concurso, para garantizar ese derecho de uso.

En segundo lugar, el artículo 61.2º, que permite resolver, en interés del concurso, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, contempla, en el marco la acción que ha de dirimir si es procedente la resolución y, en su caso, las consecuencias de la misma, la siguientes previsión; "cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización".

Hay quien considera que con dicha previsión el legislador toma postura por una de las dos interpretaciones que se venían manteniendo en la doctrina y en la práctica judicial. La norma incardina el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, por lo que debe deducirse que esa es su naturaleza y, por tanto, que las cuotas posteriores habrán de atenderse con cargo a la masa. Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de abril de 2012, que, eso sí, admite que la nueva redacción no zanja definitivamente la polémica (ROJ 1121/2012).

Consideramos, por el contrario, que una simple referencia de índole procesal y, más en concreto, en materia de prueba, no es suficiente para definir el contenido de un contrato y para presumir que, en cualquier caso, el contrato de arrendamiento financiero impone al arrendador financiero obligaciones más allá de la declaración de concurso. Es más, según la tesis que venimos manteniendo, es necesario analizar en cada caso concreto las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien. Si, efectivamente, el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, el contrato, indudablemente, lo será con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse con cargo a la masa. Para ese supuesto serviría la nueva previsión del artículo 61.2º de la Ley Concursal.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso. La recurrente sostiene que viene obligada a **mantener al arrendatario en el goce pacífico del bien arrendado**, obligación que se mantiene tras la declaración. Sin embargo la alegación lo es en un **plano meramente teórico, por cuanto en el contrato la propia entidad de leasing ha introducido cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad y que le eximen de cualquier obligación (estipulación tercera), hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria.**

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia apelada.

QUINTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, que se han acrecentado con la Ley 38/2011, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 43/2013, de **6 de Febrero de 2013**.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Los **créditos procedentes de contratos de leasing** por cuotas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso deben ser considerados **créditos concursales**, y no créditos contra la masa, debido a que son contratos con obligaciones pendientes exclusivamente de cumplimiento por una de las partes. Para que puedan ser considerados créditos **contra la masa**, es preciso que conste acreditado que el arrendador financiero **se obliga** realmente con la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. Banco Santander, S.A. presentó demanda incidental impugnando la lista de acreedores formulada por la administración concursal en la que consideró créditos concursales los diversos créditos correspondientes a liquidaciones de cuotas de contratos de *leasing* vencidas con posterioridad a la declaración del concurso. [En opinión de la impugnante, tales créditos debían haber sido considerados como créditos contra la masa; por ello solicitó que el crédito de 15.618,40 euros](#), correspondiente a cuotas vencidas tras la declaración del concurso, que le había sido reconocido con la condición de crédito concursal con privilegio especial sobre los bienes objeto del contrato de *leasing* pasara a ser considerado crédito contra la masa.

2. La resolución recurrida desestimó íntegramente la demanda al considerar que el contrato del que dimana el crédito se encuentra pendiente de cumplimiento exclusivamente por parte de la concursada, razón por la que es de aplicación lo establecido en el art. 61.1 LC, lo que supone que el crédito deba considerarse concursal no solo respecto de las cuotas vencidas antes del concurso sino también respecto de las vencidas con posterioridad.

3. El recurso de Banco Santander, S.A. cuestiona y sostiene que el *leasing* es un contrato con obligaciones recíprocas y de tracto sucesivo, subsistiendo durante toda la vida del contrato la obligación del arrendador financiero de mantener al arrendatario en la posesión de la cosa cuya propiedad le corresponde durante toda la vida del contrato y mientras no se ejercite la opción de compra. De ello se deriva, estima la recurrente, que no sea de aplicación el régimen establecido en el art. 61.1 LC sino el del 61.2 LC y que el crédito correspondiente a las cuotas vencidas tras la declaración del concurso deba ser considerado crédito contra la masa.

SEGUNDO. 4. Tal y como se afirma en el recurso, esta Sala, tras haber sostenido con anterioridad una postura distinta, ha venido entendiendo de forma reiterada a partir de la Sentencia de 9 de noviembre de 2010 (RA 359/10) que los créditos procedentes de contratos de *leasing* por cuotas vencidas con posterioridad a la declaración del concurso deben ser considerados créditos concursales, no créditos contra la masa, como habíamos sostenido en las resoluciones anteriores. Las razones fundamentales que nos llevaron a sostener esa postura, que ahora ratificamos, son las siguientes: 1.ª) El carácter de estos contratos como contratos pendientes exclusivamente del cumplimiento por una de las partes, la arrendataria financiera. Así se deriva del propio contenido de los contratos, de los que únicamente resultan obligaciones para la arrendataria, pues la arrendadora ha cumplido con la entrega de la cosa, y del régimen de resolución por incumplimiento, que únicamente se refiere al incumplimiento de la arrendataria. Por consiguiente, cabe concluir que las partes convinieron que el contrato únicamente se encontraba pendiente de cumplimiento por una de las partes, la arrendataria, obligada al pago de las cuotas aplazadas. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.

2.ª) La cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4º LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.

3.ª) La previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado del art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender a su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.

TERCERO. 5. Es cierto que la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha introducido novedades significativas, al haber dado nueva redacción a dos preceptos relacionados con el arrendamiento financiero, el art. 61.2 y el art. 82.5. LC. En su nueva redacción, el art. 82.5 LC establece que <<(l)os bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que este tenga derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado>>. De esa novedad no podemos deducir a los efectos que nos ocupan nada significativo, por cuanto la valoración del derecho de uso en el inventario no permite deducir que subsista alguna obligación para la concursada tras la declaración del concurso.

6. No obstante, no podemos negar el efecto perturbador que esa norma provoca, por cuanto que hace dudar sobre cuál sea la naturaleza del contrato. En la redacción inicial resultaba evidente que el legislador había apostado con claridad por la idea de concebirlo como un contrato de financiación, huyendo de estériles disputas doctrinales respecto a la virtualidad traslativa del dominio al financiador; de ahí que los derechos del financiador se concretaran en el concurso del financiado como derecho de preferencia sobre el propio bien financiado. Ahora, sin haber renunciado a ese claro planteamiento inicial, la reforma operada por Ley 38/2011 nos ha sumido en la confusión más absoluta al pretender que coexistan dos derechos entre sí antagónicos o enfrentados: el inicial derecho de preferencia, que presupone

el reconocimiento al concursado sobre la titularidad del bien financiado, y los derechos dominicales que parecen reconocerse al financiador.

7. En segundo lugar, el art. 61.2 LC, que permite que se puedan resolver en interés del concurso los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, ha introducido la siguiente previsión: <<Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización>>.

No han faltado opiniones favorables a la idea de que con esa reforma se ha evidenciado que el legislador ha tomado partido por una de las dos interpretaciones que se venían manteniendo en la doctrina y en la práctica judicial sobre el carácter del *leasing* como un contrato incardinable en el art. 61.1 LC, esto es, como un contrato en el que una de las partes ya ha cumplido íntegramente sus obligaciones, o en el art. 61.2 LC, esto es, como un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes. Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de abril de 2012 (ROJ 1121/2012), que ha estimado que la reforma introducida debe conducir a decantarse por esta segunda postura.

8. No es ésta nuestra postura, como hemos venido expresando en resoluciones anteriores. Sin perjuicio de que debamos considerar que existe la posibilidad de que nos podamos encontrar contratos de *leasing* en los que podamos apreciar que existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, supuesto en el que aplicaremos el régimen establecido en el art. 61.2 LC, no creemos que la norma haya querido o podido hurtar a la apreciación judicial esa cuestión. Si bien no existe dificultad alguna para que el legislador defina la naturaleza de los contratos, no resulta ni razonable ni posible que también pueda llevar a cabo un juicio que únicamente es posible hacer *ex post*, razón por la que le incumbe al juez, esto es, el juicio sobre si restan pendientes de cumplimiento obligaciones por cada una de las partes.

9. El juicio sobre esa cuestión no puede ser llevado a cabo *ex ante*, que es como actúa el legislador, porque se trata de un juicio que debe atender a las circunstancias de cada caso concreto. Partiendo de las concretas obligaciones asumidas por cada una de las partes es como debe analizarse si las mismas pueden o no considerarse cumplidas. Por consiguiente, **para que resulte de aplicación la previsión del art. 61.2, 2.º LC, será preciso que conste acreditado que el arrendador financiero se obliga realmente con la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta.**

10. Refiriéndonos al supuesto concreto enjuiciado, **no podemos considerar que el contrato de *leasing* que sirve de fundamento a la demanda de Banco Santander, S.A. estableciera obligaciones a cargo de la misma que se encuentren pendientes de cumplimiento en el momento de la declaración del concurso. El recurso no se refiere a ninguna de ellas, a salvo la genérica obligación de mantener en el uso de los objetos financiados.**

CUARTO. 11. Aunque desestimemos el recurso la cuestión controvertida suscita dudas de derecho tan importantes que justifican que no hagamos imposición de las costas.

12. Esa misma razón nos conduce a que también debamos aplicar el mismo criterio en la primera instancia, dejando sin efecto el pronunciamiento sobre costas, que ha hecho aplicación del criterio objetivo del vencimiento. Aunque no exista motivo concreto relativo a las costas, la impugnación de este pronunciamiento creemos que debe considerarse embebida en la impugnación del pronunciamiento principal.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 70/2013, de 18 de Febrero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: En contratos de **arrendamiento financiero** (leasing y renting), si no consta **pacto de reserva de dominio** del vendedor sobre los vehículos, **no puede presumirse**, y por tanto, no cabe su **inscripción**. La LVPBM hubiera permitido la inscripción de la cláusula de reserva de dominio si se hubiera pactado en el contrato.

La LVPBM permite tanto la inscripción de los arrendamientos iniciales (leasings y rentings), como la inscripción de la nueva venta a plazos de los vehículos si el contrato de compraventa hubiera reunido los requisitos establecidos en la propia ley, como su carácter escrito.

No se puede solicitar que las **cuotas del leasing posteriores a la declaración** de concurso se consideren créditos contra la masa, cuando éstas ni existen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. V.F.S., S.A. impugnó la lista de acreedores del concurso de SAT. LOG., S.L. Solicitaba que el crédito reconocido a su favor en el informe de la administración concursal (AC), por importe de 772.864,40 euros (768.693,83 euros, como crédito ordinario, por el principal adeudado, y 4.170,57 euros, como crédito subordinado, por el concepto de intereses sobre la cantidad anterior impagada), se calificara de la forma siguiente:

- Como crédito con privilegio especial, por las cuotas vencidas e impagadas hasta la fecha de la declaración del concurso, de catorce contratos de arrendamiento financiero y no financiero de vehículos suscritos con la concursada.
- Como crédito contra la masa, por las cuotas posteriores a la declaración de concurso.

Con carácter subsidiario, la acreedora demandante solicitaba que la totalidad del crédito se considerara como privilegiado especial.

2. La sentencia del juzgado desestimó la demanda incidental por considerar que no se había acreditado la inscripción del pacto de reserva de dominio alegada por la demandante.

El recurso de apelación de V.F.S., S.A. reitera los argumentos y pretensiones de su demanda, aunque precisa las cifras de los créditos que considera con privilegio especial (34.068,29 euros) y los que considera contra la masa (64.468 euros, por cuotas financieras devengadas tras la declaración de concurso; más 704.484,61 euros, por el importe de las cuotas pactadas y aún no devengadas). Esta cuantificación no se había hecho en la demanda incidental, aunque sí en la comunicación de créditos a la AC (documento sin número, a los folios 35 y ss. de los autos). Los motivos del recurso se titulan así:

- 1) Error en la valoración de la prueba de la existencia de reserva de dominio a favor de la actora sobre los trece vehículos objeto de compraventa.
- 2) De los efectos de la inscripción de la reserva de dominio.
- 3) De la calificación de los créditos insinuados.
- 4) De las costas impuestas a la parte demandante.

3. El primero de los motivos de apelación trata sobre el juicio de hecho y atribuye a la sentencia del juzgado mercantil un **error en la valoración de la prueba**.

La primera observación que debemos formular al respecto es previa a la valoración de la prueba del juicio y se refiere a los escritos de demanda y de recurso de apelación. Son muy confusos cuando exponen los negocios jurídicos realizados por las partes sobre los vehículos objeto de los contratos. Esa falta de claridad puede predicarse también, como observó la AC, de la redacción de la escritura pública de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, de fecha 20 de diciembre de 2010, suscrita entre V.F.S., S.A. Y SAT. LOG., S.L. (documento 2, ff. 39 y ss.).

En cualquier caso, de la escritura pública citada, que, como se afirma en la demanda, constituye el origen del crédito que la demandante invoca contra la concursada, se desprende que SAT. LOG., S.L., el 20 de diciembre de 2010, reconoce adeudar a V.F.S., S.A. la suma de **768.693,83 euros** –el **crédito** que, por

principal ha reconocido la AC en el concurso- resultante de dos deudas desglosadas en el instrumento público:

1) La derivada del **impago de unos contratos de arrendamiento financiero y no financiero** (números 1000/48, 1000/49, 1000/50, 1000/51, 1000/52, 1000/53, 1000/54, 1000/55, 1000/56, 1000/63, 1000/64, 1000/65, 1000/66 y 1000/67), suscritos anteriormente por SAT. LOG., S.L. como fiador solidario, deuda que en la escritura pública SAT. LOG., S.L. dijo asumir por haber sido requerido y ante la imposibilidad de pago del arrendatario. El importe de esta deuda ascendía –siempre según la escritura pública firmada por las partes- a 300.641,72 euros.

2) La derivada del **importe de las facturas de venta** de CFS a SAT. LOG., S.L. de los **vehículos** objeto de dichos contratos, por importe de 468.052,11 euros.

Las partes acuerdan que la deuda de 768.693,83 euros referida se pagará en 60 plazos mensuales de 15.494,53 euros cada uno, que devengarán un interés anual del 8,03129 % T.A.E., con vencimientos de 29 de enero de 2011 a 29 de diciembre de 2015. En **garantía del principal de la deuda, y de la cantidad que se fija para costas y gastos, se constituye hipoteca sobre determinada finca.**

4. En la escritura pública no se precisa la fecha de la compraventa de los vehículos entre V.F.S., S.A. y SAT. LOG., S.L. Sin embargo, según las facturas que se aportan como integrantes del documento número 3 de la demanda, que no han sido impugnadas, la venta fue el mismo día de la escritura, 20 de diciembre de 2010.

La escritura tampoco relaciona los vehículos objeto de venta por V.F.S., S.A. a SAT. LOG., S.L., sino que se refiere indirectamente a ellos al relacionar el número de los contratos de arrendamiento anteriores sobre dichos vehículos. No nos consta el contenido de los contratos anteriores de *leasing* y de *renting* que, según la demanda, habría suscrito como arrendataria la sociedad T.N.G., S.A., al parecer, perteneciente al mismo grupo que la concursada. En todo caso, los números de chasis que se indican en las trece facturas coinciden con los relacionados en la demanda incidental.

Ahora bien, tal como opuso la AC, **en ninguno de los documentos que se han aportado al procedimiento incidental consta que V.F.S., S.A., la vendedora, y SAT. LOG., S.L., la compradora, pactaran ninguna reserva de dominio sobre los vehículos.** En concreto, no consta tal pacto en la escritura de reconocimiento de deuda alegada en la demanda como origen del crédito frente a la concursada ni tampoco en ninguna de las trece facturas de venta de los respectivos vehículos.

La sentencia impugnada cita, adecuadamente, el artículo 15 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles LVPBM, conforme al cual, “para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente”.

En el caso de autos, entendemos que no se trata ya de la inscripción o no del pacto de reserva de dominio invocado, sino, como se ha expuesto, de la falta de prueba de la existencia misma de un contrato entre V.F.S., S.A. y SAT. LOG., S.L. por el que se pactara esa reserva de dominio. De las alegaciones de la acreedora se desprende que no hubo ese pacto entre las hoy litigantes y que la demandante tiene por tal la inscripción en el Registro de bienes muebles de ocho –no trece- de los contratos -de *leasing* y de *renting*- suscritos en su día con T.N.G., S.A., en los que SAT. LOG., S.L. había actuado como fiador solidario.

Según la actora, SAT. LOG., S.L. se habría subrogado en la posición del arrendatario inicial, mediante la novación modificativa que habría producido la escritura de reconocimiento de deuda. No podemos considerarlo así. **En la escritura no se pacta subrogación alguna ni se pacta arrendamiento. Lo que se establece es un nuevo estado de cosas entre V.F.S., S.A. y SAT. LOG., S.L.: SAT. LOG., S.L. no asume la condición de arrendataria -financiera o no- de los vehículos, sino que compra éstos a V.F.S., S.A. por el precio que consta en el documento y con la forma de pago y la garantía hipotecaria a favor de la vendedora que también constan, y asume, al mismo tiempo, la obligación de pagar las cuotas impagadas de los arrendamientos anteriores.** V.F.S., S.A. deja de ser arrendador y se convierte en vendedor –como tal reclama el precio (468.052,11 euros) que en la escritura se reconoce pactado para la compraventa-. **No hay referencia alguna a reserva de dominio del vendedor y no puede presumirse. Hay un pacto claro de precio aplazado, con un pacto claro de constitución de garantía hipotecaria y sin ningún pacto de reserva de dominio.** La LVPBM permitía la inscripción de los arrendamientos iniciales (*leasings* y *rentings*) -que se inscribieron- y hubiera

permitido inscribir la nueva venta a plazos de los vehículos si el contrato de compraventa hubiera reunido los requisitos establecidos en la propia ley, que no se cumplen en este caso, comenzando por su carácter escrito. La LVPBM hubiera permitido también la inscripción de la cláusula de reserva de dominio si se hubiera pactado en el contrato. Reiteramos: no consta el pacto ni, lógicamente, su inscripción.

En consecuencia, debe desestimarse el motivo de recurso.

5. En el segundo motivo, formulado para el caso de que no se estimasen inscritas correctamente las reservas de dominio, se alega la eficacia meramente declarativa de la inscripción en el Registro de bienes muebles. Las razones ya expuestas, que fundamentan la desestimación de la demanda no ya en la falta de inscripción, sino en la ausencia de pacto, impiden el examen del motivo.

6. En el tercer motivo de recurso se solicita que las cuotas del leasing posteriores a la declaración de concurso se consideren créditos contra la masa. La única razón aducida al respecto es que la Ley 38/2011, de 10 de octubre habría modificado el artículo 61.2 de la Ley concursal en el sentido de establecer que el contrato de arrendamiento financiero genera en todo caso obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, descartando así interpretaciones distintas de muchos tribunales.

El motivo ha de desestimarse. Se acciona con base en la escritura de reconocimiento de una deuda que abarca, por un lado, cuotas de arrendamientos -financieros y no financieros- ya impagadas por el arrendatario, a 20 de diciembre de 2010, es decir, devengadas antes de la declaración de concurso, y, por otro lado, el precio de la compraventa entre V.F.S., S.A. y SAT. LOG., S.L. **No habría cuotas de leasing devengadas con posterioridad a la declaración de concurso.** No tiene sentido, por tanto, que expongamos aquí el criterio del tribunal sobre la aplicación a los arrendamientos financieros del artículo 61, apartados 1 ó 2, de la LC, en su redacción tras la reforma de 2011 -no aplicable al caso, por razones temporales- o en su redacción anterior.

7. Finalmente, con carácter subsidiario, la parte apelante solicita la revocación del pronunciamiento del juzgado que le impone las costas del incidente y defiende la existencia de serias dudas de derecho (artículo 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC). No podemos apreciarlas. La discusión no ha versado sobre cuestiones jurídicas dudosas y resueltas de manera no uniforme en los tribunales, sino sobre la falta de prueba del pacto de reserva de dominio alegado. Por tanto, es aplicable la regla general del vencimiento.

La desestimación del recurso determina que se impongan también a la demandante las costas de la segunda instancia (artículos 196.2 de la LC, 398.1 y 394.1 de la LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº222/2013, de 27 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La **inscripción del arrendamiento financiero** en el registro correspondiente, de conformidad con el artículo 90.2 de la Ley Concursal (LC), **no posee carácter de esencialidad**; por lo que un crédito derivado de un contrato de arrendamiento financiero tiene la condición de **privilegiado**.

Los créditos por las **cuotas de leasing** que se devenguen después de la declaración de concurso tendrán la consideración de **créditos concursales**, por haber obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para una de las partes, considerándose el posible ejercicio de adquisición final del bien por parte de la concursada como un nuevo negocio jurídico totalmente distinto del anterior.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la innecesariedad de la inscripción del

contrato de leasing: STS de 28 de julio de 2011.

FONAMENTS DE DRET

1. La sentència objecte d'impugnació resol dos incidents concursals acumulats pel Jutjat mercantil número 3 de Barcelona, referits a la classificació del crèdit de CAIXABANK, S.A. derivat del contracte de Leasing número xxxxx024, subscrit l'11 de març de 2008 amb la concursada, HIP., S.L.

Segons els escrits d'ambdues parts, l'administració concursal (AC), en l'informe corresponent, havia classificat el crèdit per import total de 17.689,14 euros, com a crèdit concursal amb privilegi especial. La comissió de gestió de cobrament de quotes impagades, per import de 210 euros, la penalització de quotes pendents, per 180,48 euros i l'IVA sobre la penalització, de 28,88 euros (en total, 419,36 euros) havien estat classificats com a crèdit subordinat.

– El primer incident, amb el número 247/2011 del jutjat, va ser instat per HIP., S.L., en sol·licitud que es declarés que el crèdit no tenia privilegi especial.

– El segon incident, 248/2011, el va instar CAIXABANK, que demanava la modificació de la classificació en el sentit que les quotes del Leasing pendents de venciment després de la declaració de concurs es consideressin crèdit contra la massa –sens perjudici del privilegi especial- i es considerés crèdit ordinari l'import de 419,36 euros abans referit.

2. La sentència del jutjat estima la demanda d'HIP., S.L. i acorda classificar el crèdit de CAIXABANK com a crèdit concursal ordinari (incloent les despeses; no les penalitzacions, que considera crèdit subordinat), amb desestimació parcial de la pretensió de l'entitat financera.

CAIXABANK apel·la i reitera les pretensions de la demanda incidental.

Són dos, per tant, els punts que han de ser examinats per virtut del recurs:

- 1) Si el crèdit és privilegiat especial, com sosté la part apel·lant.
- 2) Si les liquidacions del Leasing posteriors a la declaració de concurs tenen caràcter de crèdit contra la massa, com també pretén CAIXABANK.

3. *Sobre el privilegi especial*

La sentència del jutjat afirma que **la falta d'inscripció de l'arrendament financer en el registre corresponent, conformement amb l'article 90.2 de la Llei concursal (LC), en relació amb la Llei 28/1998, de venda a terminis de béns mobles, determina que no es pugui reconèixer el privilegi especial al crèdit derivat del contracte d'arrendament financer.**

En la sentència de 21 de novembre de 2012 (rotlle d'apel·lació 398/2012), aquest tribunal ha resolt una qüestió idèntica objecte d'un altre incident del concurs d'HIP., S.L.. En aquella sentència transcrivíem part del fonament cinquè de la Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 28 de juliol de 2011 (STS 559/2011), que convé reproduir aquí:

"En cuanto a las formalidades precisas para que los créditos mencionados en los ordinales primero a quinto de su apartado 1 [de l'article 90 LC] merezcan la calificación de especialmente privilegiados -entre ellos, los del tipo a que pertenece el de la recurrente-, se remite la norma que en el motivo se dice infringida a lo establecido en la legislación específica en orden a su oponibilidad a terceros.

El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente.

Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero -regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito- que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida del carácter de esencialidad -apartado 1 de la disposición adicional primera-. A la vez, dicha disposición adicional -apartado 2- faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio

del deudor, si es que aquel consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinales cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, la misma norma -apartado 3- permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles.

De otro lado, el artículo 56 de la Ley 22/2003, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución.

En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica".

Per aquestes raons, el TS estima el motiu del recurs de cassació i declara que el crèdit de l'arrendadora financera té la condició de privilegiat en relació amb l'objecte del contracte de Leasing, en els termes de l'article 90.1.4t LC. I per les mateixes raons, aquesta Secció 15a, en la sentència esmentada de 21 de novembre de 2012 va considerar que el crèdit derivat del Leasing era privilegiat especial, com ja ho havia considerat en la sentència de 5 d'octubre de 2011, que invoca CAIXABANK en el recurs que ara examinem.

Per tant, hem d'estimar en aquest punt el recurs d'apel·lació de CAIXABANK, sense necessitat de més raonaments.

4. Sobre les quotes del Leasing meritedes després de la declaració de concurs

CAIXABANK impugna també la sentència, tot reiterant la sol·licitud que va fer en la demanda incidental: que el crèdit corresponent a les quotes pendents de venciment a la data de la declaració del concurs, sigui considerat un crèdit contra la massa –sense perdre el caràcter de privilegiat especial-, en lloc de crèdit concursal.

Al·lega que es tracta d'un contracte bilateral, amb obligacions recíproques pendents de compliment i que, mentre continui en vigor després de la declaració de concurs, a l'empara del que disposen els articles 84.2.6è i 7è de la Llei concursal (LC), el crèdit que se'n deriva ha de tenir la consideració de crèdit contra la massa i haurà d'ésser satisfet conformement amb el que disposa l'article 154 LC (abans de procedir al pagament dels crèdits concursals, l'administració concursal deduirà de la massa activa els béns i drets necessaris per satisfer els crèdits contra aquesta).

En suport de la tesi que defensa, la part recurrent invoca opinions doctrinals i sentències dels tribunals, incloses d'aquesta Secció 15a.

5. Aquest tribunal, que havia mantingut el criteri que sosté la part apel·lant, va reconsiderar la qüestió en la sentència de 9 de novembre de 2010 (rotlle d'apel·lació 359/2010). A partir d'aquella resolució, hem estimat que **els crèdits per les quotes de Leasing que es meritin després de la declaració de concurs tenen la consideració de crèdits concursals.**

En la sentència de 26 de gener de 2011, en la qual era part l'entitat avui apel·lant, citàvem les sentències anteriors i dèiem que, tot i que sovint s'insisteixi en el caràcter atípic del **contracte d'arrendament financer o Leasing**, en la pràctica no ho és tant, perquè rep certa regulació en la disposició addicional 7a de la Llei de Disciplina i Intervenció de les Entitats de Crèdit, en l'article 1.1.c) del Reial Decret 692/1996, sobre Règim Jurídic dels Establiments Financers de Crèdit, i en la disposició addicional 1a de la Llei de Venda a Terminis de Béns Immobles. La jurisprudència, amb suport en aquesta normativa i tenint en compte el principi d'autonomia de la voluntat aplicat als contractes (article 1255 del Codi civil), el **concep com un contracte pel qual una empresa especialitzada cedeix l'ús d'un producte –que ella no ha produït, sinó que ha adquirit d'un tercer- en arrendament a l'usuari, amb l'opció de compra, finalitzat l'arrendament, per un preu, normalment molt baix (Sentències del Tribunal Suprem de 14 de desembre de 2004 i de 4 de desembre de 2007).**

Manifestàvem que, als efectes concursals que ara ens ocupen, es tracta de determinar **quin dels apartats de l'article 61 de la LC, que regula els efectes del concurs sobre els contractes amb obligacions recíproques, és aplicable al contracte de Leasing pendent de compliment quan es declara el concurs de creditors.** L'article 61.1 LC estableix que, quan al moment de la declaració de concurs una de les parts hagués complert íntegrament les seves obligacions i l'altra tingui pendent el

compliment total o parcial de les obligacions recíproques al seu càrrec, el deute del concursat s'inclourà dins la massa passiva del concurs. L'article 61.2 es refereix a les obligacions recíproques pendents de compliment tant a càrrec del concursat com de l'altra part i disposa que les prestacions a les quals estigui obligat el concursat es realitzaran amb càrrec a la massa.

No es discuteix que l'arrendatari financer té pendents de compliment les quotes encara no vençudes. **Pel que fa a l'arrendador financer, havíem entès, com la part avui apel·lant, que l'obligació al seu càrrec de mantenir en la possessió del bé a l'arrendatari financer determinava que hi haguessin obligacions recíproques pendents de compliment per a ambdues parts, apreciació que conduïa a aplicar l'article 61.2 LC.**

6. En la sentència de 5 d'octubre de 2011 i altres, hem considerat significatiu que els béns objecte de Leasing són adquirits per l'entitat financera amb l'única finalitat de cedir-ne l'ús a l'arrendatari financer, el qual, prèviament, ha seleccionat aquells béns al seu propi interès. La companyia de Leasing s'eximeix de responsabilitat respecte de qualsevol acció derivada dels vicis o defectes dels béns i arriba fins i tot a incorporar una clàusula contractual en aquest sentit (en el cas que examinem, condició general 2, f. 14 de les actuacions, en còpia de mala llegibilitat).

Hem entès que d'aquesta previsió resulta que l'entitat financera dóna per complida íntegrament la prestació al seu càrrec amb el lliurament a l'arrendatari dels béns adquirits prèviament al proveïdor, salvada la transmissió de la titularitat del bé en cas d'exercitar l'arrendatari l'opció de compra. Per tant, un cop perfeccionat el contracte mitjançant la posta a disposició del bé a favor de l'arrendatari, s'ha d'estimar que només estan pendents de compliment les obligacions de pagament a càrrec de l'arrendatari financer, en essència, les quotes convingudes per fraccionar el pagament.

Les quotes pactades no responen tant al concepte de renda que compensa la privació temporal del bé al propietari, com a permetre a l'entitat financera recuperar el preu satisfet per l'adquisició del bé, a més de la càrrega financera que constitueix pròpiament el benefici de l'arrendadora financera. Això, dèiem, justifica la previsió legal que, per al cas d'incompliment, no només legitima la resolució amb una clàusula penal que, si més no, compensa la inversió feta per l'arrendador en adquirir el bé, sinó també amb la possibilitat d'exigir el compliment íntegre del contracte i de cobrar el crèdit, amb caràcter preferent a qualsevol altre creditor, amb l'execució del mateix bé.

No constitueix obstacle el fet que, si s'exerceix l'opció de compra, l'arrendadora hagi de complir l'obligació d'entrega a l'arrendatari de la titularitat del bé. Si l'arrendatari, pagades totes les quotes, exerceix l'opció, no serem davant d'un mer acte d'execució del contracte de Leasing, sinó d'un negoci jurídic que exigeix noves declaracions de voluntat.

7. La sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem de 19 de febrer de 2013, dictada en el recurs de cassació contra la sentència d'aquesta Secció 15a de 26 de gener de 2011, declara, en el fonament de dret tercer:

"Para que, conforme al artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. De la exposición de motivos de la Ley resulta que se trató de poner remedio a la deficiente regulación de la materia en la legislación derogada y de conseguir que la declaración de concurso no afecte a la vigencia -y funcionamiento- de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes.

Como consecuencia de la norma del apartado 2 del artículo 61, la reciprocidad del vínculo contractual se ha convertido en un dato determinante del ámbito de aplicación de dicho artículo, así como de la calificación de los créditos contractuales contra el concursado, de conformidad con el artículo 84, apartado 2, ordinal sexto.

Quan examina la reciprocitat de les obligacions del Leasing, el TS declara que "para identificar el contenido de ese derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de Leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato.

Para lo último, puede servir de modelo el arrendamiento de cosas, por su completa regulación. Pero, en general y como regla, cabe decir que el obligado onerosamente a mantener a otro en el uso de su cosa

debe abstenerse de actuar en contra de lo pactado -garantía por hecho propio-; debe defender al cesionario frente a las perturbaciones de los terceros -excepto de las de hecho: artículo 1560 del Código Civil-; y debe efectuar las reparaciones necesarias para mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fue destinada -artículo 1554, ordinal tercer -.

Para lo primero se impone examinar la validez de las reglas contractuales y precisar el recto sentido de las mismas. Como regla, en nuestro sistema es la reglamentación negocial válida la que marca el contenido de la relación jurídica.

Por ello, si algún reproche hubiera que efectuar a las sentencias de las dos instancias derivaría de que, aparentemente, se han basado en argumentos referidos a un modelo o tipo abstracto de Leasing y no al resultante de las cláusulas del que celebraron en Badalona, el uno de julio de dos mil cinco, Caixabank, SA y Centro Mecanizado de Chapa, SA, sobre una máquina Trumabend V50. Si bien, hay que añadir inmediatamente que lo dicho por ambos Tribunales con carácter general vale también para el caso concreto que estamos enjuiciando.

En efecto, no hay que olvidar que nuestro sistema de contratos reconoce a los interesados una potencialidad normativa creadora -autonomía de la voluntad: artículos 1091 y 1255 del Código Civil-, no solo para contratar, sino también para determinar el contenido de la reglamentación contractual respecto de las obligaciones exigibles a cada parte, siempre con respeto de los límites previamente establecidos.

De ello deriva que, para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de Leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, en el sentido antes indicado -por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes-, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes.

Y de las cláusulas contractuales del contrato litigioso interesan, a los efectos que nos ocupan, la segunda, que libera a Caixabank, SA del saneamiento por evicción y por los defectos de la máquina -con cesión de los derechos de la misma contra el proveedor-, y la cuarta, que hace lo propio respecto de las reparaciones necesarias para mantener aquella en perfecto estado de uso, las cuales quedan a cargo de la arrendataria financiera. La validez de una y otra regulación no ha sido discutida y no hay razón para negarla "apud acta".

Es cierto que, pese a dichas cláusulas Caixabank, SA sigue obligada a abstenerse de perturbar, con sus propios actos, la posesión de Centro Mecanizado de Chapa, SA sobre la máquina Trumabend V50, incluso después de declarado el concurso de la arrendataria. Pero ello no impide considerar correctamente calificado por el Tribunal de apelación, como concursal, el crédito de Caixabank, SA contra Centro Mecanizado de Chapa, SA, incluso en cuanto a las cuotas exigibles después de declarado el concurso, dado que la indicada y desnuda garantía por hecho propio, no constituye, a los efectos del artículo 61, más que un deber de conducta general, implícito en el "pacta sunt servanda", en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento en el concurso que la recurrente pretende.

8. Pel que fa a les clàusules concretes del contracte de Leasing en examen, subscrit entre Caixa Girona (absorbida per La Caixa) i HIP., S.L., res no s'al·lega en la demanda incidental ni en el recurs d'apel·lació.

La lectura de la còpia del contracte (de mala llegibilitat) que es va unir a la demanda de CAIXABANK no permet establir una conclusió diferent de la que hem mantingut en casos anteriors. Ben al contrari, la referma pel que fa a aquest cas concret. Així, quan la condició general 2 diu, literalment, que "l'arrendatari financer allibera Caixa de Girona de tota responsabilitat per la idoneïtat, pel funcionament, per l'estat o per qualsevol altra circumstància o condició predicable dels béns adquirits per Caixa de Girona i cedits en arrendament. Pels motius exposats, Caixa de Girona cedeix a l'arrendatari financer, el qual s'hi subroga, tots els drets i les accions que li corresponguin enfront del proveïdor o fabricant pels perjudicis que li pugui ocasionar el no-lliurament dels béns objecte del contracte, amb vista al sanejament en cas d'evicció, per vicis ocults o defectes en els béns esmentats, o a l'efecte d'exigir el compliment de les garanties ofertes pel proveïdor. En virtut de la susdita cessió, l'arrendatari financer podrà fer valer enfront del proveïdor totes les pretensions que la Llei o el contracte de compravenda confereixen a l'adquirent. L'arrendatari financer no podrà pretendre disminucions en el preu ni sol·licitar cap mena d'indemnització

ni resoldre el contracte per no poder fer ús del material, sigui quina sigui la causa que provoca la manca d'ús d'aquest material".

Per tant, com en les sentències anteriors, hem de concloure en el sentit que, **quan es va declarar el concurs, el contracte de Leasing estava pendent de compliment només per la societat concursada. L'obligació de pagar les quotes no vençudes havia nascut al moment de signar el contracte, encara que no fossin exigibles fins als venciments pactats. Era procedent aplicar, com van entendre l'AC i el jutge, l'article 61.1 LC i considerar el crèdit com a concursal.** Això determina la desestimació del recurs en aquest punt

9. Atesa l'estimació, en part, del recurs d'apel·lació, no és procedent imposar les costes de la segona instància (articles 398.2 de la Llei d'enjudiciament civil i 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 429/2013, de 27 de Noviembre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En el **contrato de arrendamiento financiero**, para saber la **calificación** de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso, hay que analizar las **cláusulas contractuales de cada caso concreto**, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien.

Si en el contrato el arrendador financiero introduce cláusulas en su favor que le exoneran de todo tipo de responsabilidad y que le eximen de cualquier obligación, hasta el punto de contemplar la resolución únicamente por incumplimiento de la arrendataria, el crédito en el concurso deberá ser clasificado **con privilegio especial** (art. 90.1.4º LC).

Las obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del arrendador financiero, (permitir al arrendatario el use y el disfrute de la cosa de manera pacífica, transferir en su día la propiedad sobre la cosa al arrendatario y recepcionar el bien caso de que decida no ejercitar la opción de compra), o las cuotas pendientes de pago, no tienen la necesaria **reciprocidad** para aplicar el criterio del art. 61.2 LC (crédito contra la masa).

Notas: La sentencia analiza la evolución jurisprudencial de la sala en la materia.

Referencia la doctrina legal y jurisprudencial sobre el arrendamiento financiero con cita de las SSTs de 19 de febrero de 2013 y 5 de septiembre de 2013.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el conflicto en esta alzada

1. M.L.C., S.A. presentó demanda incidental impugnando la lista de acreedores formulada por la administración concursal (AC) en la que consideró créditos concursales los correspondientes a liquidaciones de cuotas de contratos de *leasing* vencidas con posterioridad a la declaración del concurso. En opinión de la impugnante, tales créditos debían haber sido considerados como créditos contra la masa. También solicitó que las comisiones por devolución que han sido clasificadas como crédito subordinado lo fueran como crédito ordinario.

2. La resolución recurrida estimó íntegramente la demanda al considerar que, tras la reforma del art. 61.2 LC por virtud de la Ley 38/2011, debía considerarse que el legislador había optado por una de las dos opciones seguidas hasta el momento por la jurisprudencia menor, esto es, por considerar que la referida norma resultaba de aplicación a las cuotas de leasing devengadas con posterioridad a la declaración del

concurso. También estimó que debía ser estimado el segundo motivo de impugnación y atribuido al crédito correspondiente a los gastos de devolución el carácter de crédito ordinario.

3. El recurso del AC cuestiona únicamente las conclusiones a las que llega la resolución recurrida en cuanto a la clasificación de las cuotas de los contratos de *leasing* vencidas con posterioridad a la declaración del concurso y estima que debe aplicarse el criterio seguido hasta la presente por esta Sección, esto es, calificarlas como crédito concursal, al considerar que no resulta de aplicación el artículo 61.2 LC por no estar ante contratos con prestaciones recíprocas pendientes de vencimiento.

SEGUNDO. La postura de esta Sala sobre la cuestión planteada

A) Nuestra postura antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 38/2011

4. El recurso plantea la cuestión, de índole esencialmente jurídica, relativa a la calificación de las cuotas del contrato de arrendamiento financiero que se devenguen con posterioridad a la declaración del concurso. Esta Sala ha mantenido, variando su criterio inicial, que el crédito tiene naturaleza concursal, sin perjuicio del privilegio especial del artículo 90.1.4º (sentencias de 9 de noviembre de 2010 -ROJ 7981/2010 -, 9 de febrero de 2012 -ROJ 3300/2012 - o 5 de julio de 2011 -ROJ 8916/2012). Y ello con apoyo en los siguientes argumentos que se sistematizan en esta última sentencia:

a) Aunque se insista en muchos pronunciamientos acerca del carácter atípico de este contrato, en la práctica no lo es tanto, pues goza de cierto tratamiento legal en la disposición adicional 7ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en el art. 1.1.c) RD 692/1996 sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, y en la disposición adicional 1ª de la ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM). La jurisprudencia, apoyada en esta normativa y teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad aplicado a los contratos (art. 1255 CC), lo concibe como un contrato "*por el que una empresa especializada cede el uso de un producto -que ella no ha producido sino que ha sido adquirido de un tercero- en arrendamiento al usuario, con la opción de compra, finalizado el arrendamiento, por un precio, normalmente muy bajo*" [SSTS (1ª) 14-XII-2004 (RJ 20048038) y 4-XII-2007 (RJ 200842)].

El principal interés de la jurisprudencia ha sido diferenciar el leasing de los contratos de venta a plazos de bienes muebles y de préstamo de financiación al comprador, para justificar que no resulta de aplicación directa su peculiar régimen jurídico al leasing. Para ello, insiste en que "*la finalidad del leasing, es decir, su función económica que constituye su causa no es otra que permitir a los empresarios que no tienen liquidez o medios financieros para adquirir, desde un principio, la propiedad de bienes muebles o inmuebles, disfrutar de ellos obteniendo la cesión de uso de los mismos, una vez han sido adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, por una entidad financiera, la cual, al margen de los beneficios fiscales que se les reconocieron desde la Ley 26/1988, 29-VII, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su disp. adic. 7ª, se constituye a cambio en acreedora de una contraprestación a pagar por el arrendatario financiero, consistente en el abono periódico de cuotas -calculadas en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes-, incluyéndose necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario, con un valor fijo que suele corresponder al resto de precio pendiente de amortizar, y que no impide calificar el contrato como de arrendamiento financiero con independencia de que su montante no se corresponda con el importe de cada cuota*" [SSTS (1ª) 4-VI-2001 (RJ 20016665), 21-XII-2001 (RJ 2002250) y 4-XII-2007(RJ 200842)].

b) Está claro que el arrendatario financiero, en relación con las cuotas no vencidas, tiene pendiente su cumplimiento, aunque no le fueran todavía exigibles por no estar vencidas. La cuestión es si, a los efectos del art. 61 LC, cabe considerar que se encuentran pendientes de cumplimiento obligaciones por parte de la entidad de leasing.

Esta cuestión había sido resuelta por este mismo tribunal en su Sentencia de 19 de junio de 2009 (RA 753/2008), en el sentido de considerar que el contrato de leasing era de tracto sucesivo, y que durante la pendencia del mismo, el arrendador financiero tenía la obligación de mantener en la posesión del bien al arrendatario financiero, razón por la cual entendíamos que al tiempo de declararse el concurso estaba

pendiente de cumplimiento obligaciones por ambas partes, siendo de aplicación el art. 61.2 LC . Pero, como se ha dicho, esta postura fue reconsiderada en nuestra sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Rollo 359/10).

c) Es muy significativo que los bienes objeto de leasing, para su incorporación a la actividad empresarial del usuario, son adquiridos por la entidad financiera con la única finalidad de ceder su uso al arrendatario financiero, quien previamente ha seleccionado dichos bienes a su propio interés. Tales bienes, cuyo uso se cede con el contrato, son adquiridos del fabricante o distribuidor, y la compañía de leasing se exime de responsabilidad respecto de cualquier acción derivada de los vicios o defectos de dichos bienes, llegando incluso, como en este caso, a incorporar una cláusula en el contrato en tal sentido.

El contenido del contrato, que prevé las consecuencias derivadas, tan sólo, del incumplimiento del arrendatario, y no del arrendador, estipulándose expresamente que, por haber sido elegidos los bienes por el arrendatario, la arrendadora "*queda liberada de cualquier responsabilidad por la inadecuación objetiva o subjetiva del objeto*", así lo indica. Por ello la entidad arrendadora cede al arrendatario financiero todos los derechos y todas las acciones que correspondan frente al proveedor de los bienes o frente al fabricante.

Se desprende de ello que la entidad financiera da por cumplida íntegramente su prestación con la entrega al arrendatario de los bienes previamente adquiridos al proveedor, a salvo la transmisión de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario. De esta forma, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario, debe estimarse que tan sólo están pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago a cargo del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

d) La propia composición de estas cuotas periódicas muestra que se calculan en atención al tiempo pactado, la recuperación del coste del bien por la entidad financiera y el lucro representado por la carga financiera. Según la disposición adicional 7ª LDIEC, "*las cuotas deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de aplicación del gravamen indirecto que corresponda*". Aunque lo que se transmita sea una cesión de uso, la cuota pactada no responde tanto al concepto de renta que compensa la privación temporal del bien por parte del propietario, como a permitir a la entidad financiera recuperar el precio satisfecho para la adquisición del bien, además de una carga financiera que constituye propiamente el beneficio de la arrendadora financiera. Ello justifica la previsión legal que, para caso de incumplimiento, no sólo legitima la resolución con una cláusula penal que, cuando menos, es resarcitoria de la inversión llevada a cabo por el arrendador para la adquisición del bien, sino también la posibilidad de exigir el íntegro cumplimiento del contrato y cobrarse el crédito, con carácter preferente a cualquier otro acreedor, con la ejecución del propio bien. Lo que se traduce en el ámbito concursal en el reconocimiento al acreedor arrendatario financiero de un crédito con privilegio especial sobre la totalidad de las cuotas, sin que el art. 90.1.4º LC distinga entre las vencidas y las pendientes de vencimiento.

e) No obsta lo anterior que, en caso de ejercitarse la opción de compra, la entidad arrendadora tenga que cumplir con la obligación de entregar la titularidad del bien, pues se trata de una facultad que se confiere al arrendatario, de tal forma que la obligación de la arrendadora tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagados todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ella. Esta compraventa no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad, en este caso del arrendatario de hacer uso de la opción de compra, si bien bastará el mero acuerdo de voluntades para que se produzca la transmisión del dominio, ya que el bien está en posesión del adquirente (*traditio brevi manu*).

f) Todo lo anterior nos lleva a concluir que **al tiempo de declararse el concurso el contrato o contratos estaban únicamente pendientes de cumplimiento por una de las partes, el arrendatario financiero, pues tenía pendientes, cuando menos, las cuotas aún no vencidas. Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. En consecuencia, y conforme a lo previsto en el art. 61.1 LC, el**

crédito que adeuda la concursada a la financiera deberá incluirse en la masa pasiva prevista en el art. 49 LC, sin perjuicio de su clasificación.

Esta interpretación es conforme con la previsión contenida en el art. 155.2 LC relativa al pago de los créditos con privilegio especial afectados por la paralización o suspensión de las acciones de recuperación del bien gravado según el art. 56 LC, pues expresamente prevé que, en esos casos, que por tratarse de créditos concursales en principio no sería posible atender su pago, la administración concursal puede optar por pagarlos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos. De este modo, queda claro que **son créditos concursales, clasificados con privilegio especial conforme al art. 90.1.4º LC que, no obstante lo cual y sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.**

B) Nuestra postura tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011

5. En nuestra Sentencia de 20 de Marzo del 2013 (ROJ: SAP B 2709/2013) resumíamos cuál es nuestra postura sobre la cuestión a la vista de la reforma introducida por la Ley 38/2011. Decíamos que, como ya hemos señalado en nuestras anteriores sentencias de 21 de noviembre de 2012 (Rollo 526/2012) y 18 de diciembre de 2012 (Rollo 472/2012), entendemos que las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, no deben llevarnos a reconsiderar nuevamente el criterio expuesto para volver a nuestra posición inicial. La Reforma da nueva redacción a dos preceptos referidos al arrendamiento financiero. De un lado, de acuerdo con el artículo 82.5º, "*los bienes de propiedad ajena en poder del concursado y sobre los que éste tenga un derecho de uso, no serán incluidos en el inventario, ni será necesario su avalúo, debiendo figurar únicamente el derecho de uso sobre el mismo del arrendatario financiero concursado*". Nada nuevo, a estos efectos, por cuanto la valoración del derecho de uso en el inventario en modo alguno permite deducir que subsista alguna obligación para la arrendadora, tras la declaración del concurso, para garantizar ese derecho de uso.

En segundo lugar, el artículo 61.2º, que permite resolver, en interés del concurso, los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte, contempla, en el marco de la acción que ha de dirimir si es procedente la resolución y, en su caso, las consecuencias de la misma, la siguiente previsión; "*cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización*".

Hay quien considera que con dicha previsión el legislador toma postura por una de las dos interpretaciones que se venían manteniendo en la doctrina y en la práctica judicial. La norma incardina el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, por lo que debe deducirse que esa es su naturaleza y, por tanto, que las cuotas posteriores habrán de atenderse con cargo a la masa. Así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de abril de 2012, que, eso sí, admite que la nueva redacción no zanja definitivamente la polémica (ROJ 1121/2012).

Consideramos, por el contrario, que una simple referencia de índole procesal y, más en concreto, en materia de prueba, no es suficiente para definir el contenido de un contrato y para presumir que, en cualquier caso, el contrato de arrendamiento financiero impone al arrendador financiero obligaciones más allá de la declaración de concurso. Es más, según la tesis que venimos manteniendo, es necesario analizar en cada caso concreto las cláusulas de los contratos, al efecto de comprobar si la entidad de leasing soporta algún tipo de responsabilidad o de obligación tras la entrega del bien. Si, efectivamente, el arrendador financiero se obliga realmente frente a la concursada en contraprestación por el canon que percibe de ésta, el contrato, indudablemente, lo será con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes y el crédito en el concurso deberá satisfacerse con cargo a la masa. Para ese supuesto serviría la nueva previsión del artículo 61.2º de la Ley Concursal.

TERCERO. La postura del Tribunal Supremo y su repercusión

6. En el lapso temporal que ha mediado entre el dictado de la resolución del juzgado mercantil y el de la presente resolución el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión objeto del recurso y, aunque al caso no resultara de directa aplicación la Reforma de la Ley 38/2011, tal y como el Alto Tribunal indica expresamente en su Sentencia núm. 44/2013, de 19 de febrero de 2013 (Roj: STS 1427/2013), creemos que su criterio constituye un punto de partida valioso para afrontar adecuadamente la cuestión que plantea el recurso.

La STS núm. 523/13, 1.ª, de 5 de septiembre de 2013 (Roj STS 4918/2013) resume la doctrina sentada por el TS en su anterior resolución de 19 de febrero en los siguientes términos: <<(p)ara que, conforme al artículo 61, apartado 2, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso.

(...) La reciprocidad no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o "lex privata". Pero, a los efectos del artículo 61, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas". Y, en relación con el contrato de leasing, advertíamos que para identificar el contenido del "derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato.

Para lo último, puede servir de modelo el arrendamiento de cosas, por su completa regulación. Pero, en general y como regla, cabe decir que el obligado onerosamente a mantener a otro en el uso de su cosa debe abstenerse de actuar en contra de lo pactado - garantía por hecho propio -; debe defender al cesionario frente a las perturbaciones de los terceros - excepto de las de hecho: artículo 1560 del Código Civil-; y debe efectuar las reparaciones necesarias para mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fue destinada - artículo 1554, ordinal tercero -.

Para lo primero se impone examinar la validez de las reglas contractuales y precisar el recto sentido de las mismas. Como regla, en nuestro sistema es la reglamentación negocial válida la que marca el contenido de la relación jurídica".

De este modo, concluimos que **"para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, en el sentido antes indicado -por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes-, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes">>.**

También se hace referencia en la STS de 5 de septiembre de 2013 a la STS 34/2013 en los siguientes términos:

A la misma conclusión llegamos en la Sentencia 34/2013, de 12 de febrero. En aquella ocasión, argumentamos que, si bien "del arrendamiento financiero en abstracto derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la realidad demuestra que en numerosos casos la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centra en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para la arrendataria supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil". Y concluimos que, **"para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que por definición**

imponer el contrato de arrendamiento. Desde la perspectiva civil -dejando al margen sus repercusiones tributarias-, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad autonormativa, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Al extremo de que, con los únicos límites fijados en el art. 1255 CC, bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios">>.

7. Esa postura creemos que en lo sustancial confirma los aspectos más importantes de nuestra propia toma de postura sobre la clasificación del crédito por cuotas del contrato de leasing vencidas después de la declaración del concurso. La STS de 19 de febrero de 2013 confirma la nuestra anterior de 26 de enero de 2012. No obstante, no podemos detenernos en ello, porque alguno de los argumentos sustanciales que llevan al TS a la misma conclusión alcanzada previamente por nosotros, es bien distinto. Creemos que es importante incidir en ello, porque ese dato puede ser muy relevante para la resolución de la cuestión que plantea el recurso que resolvemos.

8. En lo que sustancialmente discrepa el TS de nuestro criterio es en la consideración de la razón por la que no resulta de aplicación el art. 61.2 LC. Mientras para nosotros se encontraba en que apreciábamos que no existían obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes sino que únicamente podíamos considerar que restaban obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la arrendataria financiera, la Sala 1.^a discrepa de nuestro parecer y estima que **lo que no concurre es otro de los requisitos exigidos por esa norma, la reciprocidad de las prestaciones, y acepta que se encontraban pendientes obligaciones de vencimiento por ambas partes.**

9. Aceptamos explícitamente esa corrección de nuestro criterio, como no puede ser de otra forma. Como afirma el TS, **el arrendador financiero tiene la obligación de mantener al arrendatario en el uso pacífico de la cosa objeto del contrato, si bien no podemos considerar que esa obligación, al menos como regla, tenga carácter recíproco respecto de la obligación que tiene el arrendatario financiero consistente en el pago de las cuotas.** La razón se encuentra en que, aunque esta obligación pueda ser principal y, al menos en parte contraprestación por el uso, el pago no obedece únicamente a ese uso sino que responde de forma esencial a la amortización del precio de adquisición. Solo así se puede explicar que en estos contratos únicamente se prevea la resolución por incumplimiento ex artículo 1124 CC a instancia del arrendador, pero no a instancia del arrendatario. Es por esta razón por la que debemos considerar que **falta el carácter recíproco que exige el artículo 61.2 LC.**

10. La segunda idea que creemos que debe destacarse de la doctrina jurisprudencial sobre la calificación del crédito por cuotas del contrato de leasing vencidas tras la declaración del concurso es que **el examen de si existe o no reciprocidad constituye una cuestión de hecho que debe ser analizada en cada caso a partir del concreto contenido de cada contrato y solo en defecto de pacto puede atenderse a lo que puede considerarse como "contenido natural del contrato".**

11. La tercera idea trascendente la apunta la STS núm. 523/2013, de 5 de septiembre, y consiste en la apreciación de que **debe presumirse que existe reciprocidad, y por consiguiente resulta de aplicación el artículo 61.2 LC, cuando se produce una circunstancia tan relevante como que a instancia de la concursada se hubiera acordado la resolución del contrato de arrendamiento en interés del concurso, al amparo del art. 61. LC, lo que "presupone que (...) el contrato, al tiempo de declararse el concurso, contenía prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes".**

La razón que parece justificar esa apreciación se encuentra, según puede leerse poco más adelante en la misma resolución, en la propia opción de la concursada por instar la resolución en interés del concurso, que es la que le lleva a estimar que en ese caso concreto puede presumirse que el contrato contenía obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes.

CUARTO. Consecuencias de la reforma operada por Ley 38/2011

12. La resolución recurrida considera que la reforma introducida en el artículo 61.2 LC por la Ley 38/2011, aun sin haber resuelto definitivamente la cuestión, debe ser interpretada como una toma de postura del legislador por la idea de incardinar el contrato de arrendamiento financiero en el ámbito de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento cuando se declara el concurso.

13. Por nuestra parte, no estimamos que el efecto de la reforma deba conducir a esa conclusión. En nuestra opinión, como también, según hemos visto, en la de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **la cuestión no se debe resolver de forma apriorística sino atendiendo al contenido de cada contrato y, particularmente, a cada una de las concretas situaciones planteadas a su amparo.** El examen de la reciprocidad de las prestaciones no depende de lo que el legislador haya determinado sino que es una cuestión que queda reservada a los órganos jurisdiccionales en cada caso concreto. No creemos que en ello, por consiguiente, la reforma haya supuesto cambio alguno.

14. Por otra parte, el alcance de la reforma operada tampoco creemos que haya sido sustancial para interpretar el alcance del privilegio establecido en el artículo 90. 4.º LC para los créditos por cuotas de arrendamientos financieros, a pesar de que pueda parecer que ha traído cierta confusión al tratamiento del leasing en el concurso con la aparente atribución al arrendador financiero de una doble protección en sí mismo contradictoria: la del privilegio especial y la del dominio sobre el bien objeto del contrato. Es obvio que no es posible que el arrendador financiero conserve la propiedad sobre un bien y que al mismo tiempo tenga un privilegio sobre el mismo. La razón de ser de esa doble protección hay que encontrarla en la naturaleza propia del contrato de arrendamiento financiero como un contrato de tracto sucesivo en el que el arrendador comúnmente tiene la facultad de optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento, acciones entre sí incompatibles. El doble régimen de protección es paralelo a esa facultad de opción y pretende dar respuesta a las distintas situaciones por las que pueden pasar los derechos de los que son parte en el contrato.

15. En el mismo sentido creemos que **es preciso interpretar el ejercicio del derecho que establece el artículo 61.2, 2.º LC, esto es, del derecho que se concede a la AC o al concursado de solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso.** Lo que el ejercicio de ese derecho comporta es que se produzca un cambio sustancial de las circunstancias respecto del supuesto en el que la decisión de exigir la resolución o el incumplimiento le compete al acreedor. Por ello cobra sentido que se presuma, como ha hecho la STS de 5 de septiembre de 2013, que **ese solo dato pueda resultar indicativo de la existencia de reciprocidad de las obligaciones pendientes de cumplimiento en el caso de que se opte por el ejercicio de esa opción. Pero de ello no podemos deducir una regla general aplicable a todos los contratos de leasing, sino exclusivamente la existencia de una excepción a la regla.**

Por consiguiente, en nuestra opinión, el alcance de la reforma operada en el artículo 61.2.º LC no debe ser mayor que el de presumir la existencia de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en el caso de que se haya ejercitado la opción que tal norma establece. En los demás supuestos la existencia de esa reciprocidad deberá examinarse a la vista de las concretas circunstancias de cada contrato.

QUINTO. Las circunstancias del caso

16. El contrato que M.L.C., S.A.y M., S.L. suscribieron es el núm. 12739674, de 11 de abril de 2008, sobre bienes muebles, concretamente sobre un "Semirremolque portarremolque" con un precio inicial de 72.454,90 euros, y una renta total a satisfacer de 100.854,60 euros, que Mastrans había de abonar en 84 cuotas de 1.200,65 euros, la última con vencimiento en mayo de 2015, y con un valor residual de 1.035,04 euros.

17. La arrendadora financiera insinuó en el concurso los siguientes créditos: un crédito concursal con privilegio especial de 3.323,29 euros, otro subordinado por intereses de 65,44 euros, otro ordinario de 90 euros y un crédito contra la masa por 1.107,61 euros, y solicitó que se atribuyera la condición de crédito contra la masa a las cuotas pendientes por 43.196,79 euros, así como el carácter de crédito contingente a la cantidad de 1.221,35 euros, correspondiente a la opción de compra.

El AC clasificó como privilegiado especial el crédito de 48.849,04 euros, correspondiente a todas las cuotas impagadas, vencidas o no vencidas.

18. En las condiciones generales se establece que los bienes objeto del contrato han sido objeto de adquisición por el arrendador financiero con la exclusiva finalidad de ceder su uso al cliente (el arrendatario financiero) y siguiendo las especificaciones y la elección de éste. Por ello no asume responsabilidad alguna respecto de su idoneidad, funcionamiento o rendimiento, subrogando al cliente en todos los derechos frente al proveedor. Por consiguiente, se ha incluido en el contrato la condición típica de estos contratos exoneradora de la responsabilidad del financiador, que únicamente se ha obligado a adquirir la cosa para el uso del arrendatario, obligación que cumplió en el momento de la firma. No subsiste ninguna otra obligación por parte del arrendador que nos pueda hacer pensar que exista reciprocidad respecto de la parte de las cuotas impagadas. Y no creemos que entre las obligaciones que la recurrida considera pendientes de cumplimiento por su parte (la de permitir al arrendatario el use y el disfrute de la cosa de manera pacífica, transferir en su día la propiedad sobre la cosa al arrendatario y recepcionar el bien caso de que decida no ejercitar la opción de compra) y las cuotas pendientes de pago exista la necesaria reciprocidad que justifique la aplicación del art. 61.2 LC.

19. Y los términos en los que el crédito ha sido insinuado nos hacen pensar que la opción del arrendador financiero ha sido por el cumplimiento del contrato, lo que justifica la atribución de privilegio especial al mismo. No consta que ni la concursada ni la AC hayan ejercitado con posterioridad la acción de resolución del contrato en interés del concurso, lo que hubiera podido modificar el sentido de nuestro juicio sobre la reciprocidad de las prestaciones pendientes de pago.

20. En suma, debemos estimar el recurso y, con revocación de la resolución recurrida, desestimar íntegramente la demanda del arrendador financiero y confirmar la calificación realizada por el AC.

SEXTO. Costas

21. Aunque desestimemos la demanda la cuestión controvertida suscita dudas de derecho tan importantes que justifican que no hagamos imposición de las costas.

22. La estimación del recurso justifica que no se impongan las costas a la recurrente (art. 398 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 259/2013, de 19 de Junio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La redacción anterior a la reforma de la Ley 38/2011 del artículo 90.1º LC, se debe interpretar extensivamente, contemplando como **créditos privilegiados** con privilegio especial los garantizados con los créditos hipotecarios sobre cualquier bien o derecho hipotecable. Así, un derecho de opción en un arrendamiento financiero (**leasing**) es susceptible de ser hipotecado, y por ende, ser objeto de ser calificado como crédito privilegiado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La demandante CATALUNYA BANC S.A. impugnó la calificación del crédito derivado del contrato de préstamo hipotecario suscrito ante el Notario Don J. A. M. S. el 26 de agosto de 2009 por importe de 150.000 euros. Según resulta de la escritura –y no es controvertido-, en garantía del capital prestado, intereses y costas, la concursada constituyó a favor de CATALUNYA BANC S.A. hipoteca sobre *“el conjunto*

de derechos y obligaciones que configuran la posición jurídica de la parte arrendataria financiera del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario de fecha 18 de mayo de 2004 ante la Notaria Doña R. M. C., y que se reseña en el apartado de cargas de la finca que se describe a continuación, y especialmente sobre el derecho de opción de compra constituido a favor de PAT. PAT., S.L." sobre la finca sita en la calle Ángel Arañó 41, local 1, b), de Viladecans. Esto es, aunque la referida finca pertenecía a la demandante, había sido cedida en arrendamiento financiero a la concursada el 18 de mayo de 2004.

El crédito de la demandante fue calificado de la siguiente manera: 150.000 euros como crédito ordinario y 449,28 euros de intereses como subordinado. La actora impugnó dicha calificación interesando que el crédito se reconociera como privilegiado especial.

La sentencia de instancia acogió el criterio de la administración concursal y mantuvo la calificación del crédito como ordinario. Según el *juez a quo* –fundamento segundo de la sentencia- el derecho de opción de compra sobre el que se constituyó la hipoteca “ni se ha ejercitado por la concursada ni lo más probable se va a ejercitar nunca, pues de hecho la concursada ha incumplido el pago de las cuotas del arrendamiento”. De tal manera, añade la sentencia, “nos encontramos ante un derecho en expectativa, en el sentido de que el bien sobre el que recae el derecho, por la propia esencia y naturaleza jurídica del leasing, no es un bien titularidad de la concursada”. En definitiva, dado que el derecho de opción de compra y la hipoteca recae sobre un bien que no es titularidad de la concursada, el Juzgado desestimó la demanda.

SEGUNDO.- CATALUNYA BANC recurre en apelación la sentencia, insistiendo en que se califique el crédito como privilegiado especial conforme a lo dispuesto en el artículo 90.1º de la Ley Concursal. Alega la recurrente que el derecho sobre el que recae la hipoteca –la posición jurídica de la concursada en el contrato de arrendamiento financiero- pertenece a la concursada y que la hipoteca accedió al Registro de la Propiedad. A su entender no es relevante que la concursada haya manifestado su intención de no ejercitar la opción.

La administración concursal y la concursada se oponen al recurso. Alegan, tal y como señala la sentencia de instancia, que no va a ser posible ejercitar la opción y que el derecho real recae sobre un bien que no es titularidad de la concursada. La administración concursal añade como argumento que, conforme al artículo 90.1º de la Ley Concursal en su redacción anterior a la Ley 38/2011, sólo podían ser calificados como créditos con privilegio especial los garantizados con hipoteca “sobre bienes hipotecados”. Sólo tras la Reforma el privilegio puede invocarse también cuando la hipoteca recae sobre “bienes o derechos hipotecados”.

TERCERO.- Planteados los términos del debate, debemos acoger los argumentos de la recurrente y, en consecuencia, estimar íntegramente el recurso. En efecto, aun cuando el artículo 90.1º de la Ley Concursal, en su redacción inicial, sólo contemplaba como créditos privilegiados con privilegio especial los garantizados con prenda o hipoteca “sobre los bienes pignorados o hipotecados”, es evidente, superando una interpretación literal y estricta del precepto, que la norma comprendía las créditos hipotecarios sobre cualquier bien o derecho hipotecable. Debemos recordar, a estos efectos, que tanto el artículo 106 de la Ley Hipotecaria como el artículo 1874 del Código Civil disponen que podrán ser hipotecados “los bienes inmuebles susceptibles de inscripción” y los “derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre los mismos bienes”. La Reforma operada por la Ley 38/2011 modifica el artículo 90.1º de la Ley Concursal y con mayor precisión ya contempla las prendas e hipotecas sobre bienes “o derechos” pignorados o hipotecados.

Ciertamente, el bien sobre el que recae el derecho de opción de compra no forma parte de la masa activa del concurso. Sin embargo, sí pertenece a PAT. PAT., S.L. el “conjunto de bienes y derechos que configuran la posición jurídica de la arrendataria financiera” y, en especial el derecho de opción de compra. Así se establece expresamente en el título constitutivo de la hipoteca, que fue calificado positivamente por el Registrador de la Propiedad de Viladecans, ordenando practicar el correspondiente asiento de inscripción de hipoteca sobre ese derecho (folio 45). La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1996 (BOE 19 de noviembre de 1998), en un recurso ante la calificación negativa del Registrador de una garantía hipotecaria idéntica a la constituida a favor de la demandante, analiza la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario financiero a fin de decidir sobre

su "hipotecabilidad" (fundamento cuarto), concluyendo que "no puede ser calificado sino de real, en cuanto recae directamente sobre la cosa, resulta oponible *erga omnes* y reúne los requisitos estructurales de este tipo de derechos (artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), de modo que su hipotecabilidad no puede ser negada (artículo 106 de la Ley Hipotecaria); sin que pueda ser obstáculo a ello la concreta previsión de intransmisibilidad del derecho cuestionado sin consentimiento del denominado arrendador, pues, sin prejuzgar ahora la validez de dicha cláusula en función de lo establecido en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, toda vez que se halla inscrita y goza, por tanto, de la presunción de exactitud y validez, en el caso debatido, el arrendador, que es el beneficiario de la hipoteca que se constituye, ha aceptado expresamente tal gravamen y, por tanto, la eventual transmisión inherente a la ejecución de la garantía" (fundamento sexto).

En definitiva, el derecho sobre el que recae la hipoteca puede llegar a ser realizado en el concurso. No es relevante que la opción de compra puede llegar a ejercitarse o no, dado que lo que se halla afecto al crédito de la demandante no es el inmueble como tal sino el derecho que sobre el mismo todavía ostenta la concursada. Tampoco es relevante que el derecho hipotecado pueda extinguirse o cancelarse. Esa posibilidad se puede dar en cualquier crédito con privilegio especial. En tal caso, la parte no cubierta con el bien o derecho afecto, pasará a tener la consideración de crédito ordinario (artículo 157.2º de la Ley Hipotecaria). Por todo ello, debemos estimar íntegramente el recurso.

CUARTO.- En cuanto a las costas de primera instancia, atendidas las dudas de derecho suscitadas, tal y como concluye el *juez a quo*, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Tampoco procede imponer las costas del recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la citada Ley.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 367/2012, de 8 de Noviembre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín.

Resumen: El artículo 15 de la Ley 28/1988, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente.

Para los créditos por arrendamientos financieros tengan la consideración de privilegio especial -privilegio concedido por el art. 90.1.4º LC-, no es precisa la inscripción en el Registro correspondiente, sino que basta con la intervención del fedatario público, en el contrato.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial del TS sobre el registro del leasing: S de 28 de Julio del 2011.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. La concursada HIP., S.L. presentó demanda de incidente concursal impugnando la lista de acreedores formulada por la administración concursal en cuanto a la clasificación del crédito de 70.989,90 euros que reconocía a Banco Popular Español con la clasificación de privilegiado especial. Alegaba la recurrente que, dado que el origen de ese crédito se encuentra en dos contratos de leasing suscritos entre la concursada y el referido Banco, contratos que, a pesar de encontrarse en escritura pública, no se encontraban inscritos en el Registro de Bienes Muebles, no merecían la clasificación otorgada sino que debían haberlo sido en los siguiente términos:

a) En cuanto a los 51.074,28 euros correspondientes al principal, como crédito ordinario.

b) En cuanto a los restantes 19.915,62 euros correspondientes a intereses, como crédito subordinado.

2. El juzgado mercantil estimó la demanda incidental y ordenó rectificar la lista y proceder a la clasificación en los términos solicitados en la demanda.

3. El recurso de Banco Popular cuestiona esa clasificación e insiste en que la lista había clasificado correctamente su crédito como privilegiado especial.

4. Tanto la AC como la concursada, al contestar al recurso, solicitaron la revocación de la sentencia recurrida y el mantenimiento de la clasificación otorgada por la AC al crédito de la recurrente, al haberse dictado Sentencia por el Tribunal Supremo en fecha 7 de julio de 2011 que ha dejado zanjada la cuestión controvertida.

SEGUNDO. 5. Efectivamente, tal y como se afirma en el recurso y como aceptan las recurridas, la **STS 559/2011**, 28 de Julio del 2011 (no de 7 de julio) (ROJ: STS 5837/2011), en su fundamento quinto afirma lo siguiente:

<<En cuanto a las formalidades precisas para que los créditos mencionados en los ordinales primero a quinto de su apartado 1 merezcan la calificación de especialmente privilegiados - entre ellos, los del tipo a que pertenece el de la recurrente -, se remite la norma que en el motivo se dice infringida a lo establecido en la legislación específica en orden a su oponibilidad a terceros.

El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente.

Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero - regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito - que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida del carácter de esencialidad - apartado 1 de la disposición adicional primera -. A la vez, dicha disposición adicional - apartado 2 - faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, si es que aquel consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinales cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, la misma norma - apartado 3 - permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles.

De otro lado, el artículo 56 de la Ley 22/2003, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución.

En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica>>.

6. En ese mismo sentido tuvo ya ocasión de pronunciarse esta Sección en su Sentencia de 5 de octubre de 2011 (Sentencia núm. 386/2011, en rollo 299/2011) en la que revocamos la resolución del juzgado mercantil y consideramos que, **para ostentar el privilegio que concede el art. 90.1.4º LC, no es precisa la inscripción sino que basta con la intervención del fedatario público.**

TERCERO. 7. Las dudas de derecho que el caso plantea justifica que no se impongan las costas a la parte actora, pese a que la demanda se desestime.

8. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 144/2013, de 10 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: **Leasing.** En relación con la **fijación de la masa del concurso**, ante un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, el art. 62.4 LC regula los efectos de la **resolución contractual por incumplimiento**, obligando a deslindar los créditos por las obligaciones incumplidas con posterioridad a la declaración de concurso, como créditos contra la **masa**, de los generados por las obligaciones incumplidas con anterioridad, como **créditos concursales**.

Por otro lado, la **indemnización por la resolución** tiene la consideración de crédito contra la masa, al indemnizar por la utilización de los bienes ajenos en un período posterior a la declaración de concurso, hasta ser restituidos al arrendador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada estimó la acción de resolución del contrato de arrendamiento de vehículos y bienes de equipo que celebraron la actora, M. REN. IB., S.A., y la concursada BLAN., S.L. como arrendataria el 22 de noviembre de 2004, por incumplimiento del pago de las rentas.

La arrendadora especificaba en su demanda que de la cuantía total adeudada (37.636,42 €) la suma de 6.489,05 € corresponde a rentas vencidas e impagadas con anterioridad a la declaración de concurso, y el resto por 31.147,37 € a rentas vencidas con posterioridad (hasta mayo de 2010), por lo que solicitaba que la primera cantidad fuera reconocida como crédito concursal ordinario y la segunda como crédito contra la masa, de conformidad con el art. 62.4 LC. Además solicitaba la condena, con la consideración de crédito contra la masa, de una cantidad equivalente a la suma de las rentas mensuales que se devenguen hasta que la concursada devuelva los bienes arrendados.

2. La sentencia declaró la resolución y reconoció a favor de la arrendadora la cuantía total del crédito incluida la indemnización solicitada, pero, en su totalidad, con el carácter de crédito concursal ordinario.

Fundamenta la sentencia esta calificación del crédito en (a) la distinción que hace el art. 62.4 LC entre el incumplimiento anterior y el posterior a la declaración de concurso: si el incumplimiento del concursado fuera anterior el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido *se incluirá en el concurso*, es decir, tendrá la condición de crédito concursal; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa, es decir, será crédito contra la masa; y (b) la consideración de que en este caso el incumplimiento de la concursada es anterior a la declaración de concurso.

3. La arrendadora impugna en su recurso esta decisión por entender que vulnera los arts. 61.2, 62.4 y 84.2.6º LC. Interesa en definitiva que el crédito reconocido por la sentencia sea calificado en los términos que propuso la demanda, distinguiendo entre las rentas vencidas con anterioridad a la declaración de concurso (crédito concursal) y las vencidas con posterioridad así como la indemnización (crédito contra la masa).

SEGUNDO. 4. El art. 62.4, en su párrafo segundo, regula el tratamiento concursal de las obligaciones vencidas y no cumplidas a cargo del concursado para el supuesto de que sea declarada la resolución, por su incumplimiento, de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes: si el incumplimiento del concursado (que motiva la resolución, se ha de entender) es anterior a la declaración del concurso, se incluye en la masa pasiva (como crédito concursal) el crédito que corresponda al

acreedor; y si es posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (crédito contra la masa).

5. A la hora de enjuiciar la procedencia de la resolución el juez debe valorar la entidad, en el aspecto cualitativo, cuantitativo y temporal, de la prestación o prestaciones incumplidas, a fin de determinar si el incumplimiento conformado por la conducta de la parte demandada es apto para frustrar la legítima expectativa negocial de la parte que ha cumplido, en definitiva, si el incumplimiento es idóneo para justificar el ejercicio de la facultad resolutoria, por impedir o malograr la realización del fin económico del contrato para la parte cumplidora.

No cabe duda que en este caso el juez del concurso ha debido valorar, a estos efectos, no sólo el incumplimiento de pago de las rentas devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, por importe de 6.489 €, sino también de las posteriores, que suman 31.147 €.

El incumplimiento, por ello, no sólo es anterior a la declaración de concurso sino también, y en mayor entidad, posterior.

6. Siendo así, la solución coherente con lo que dispone el art. 62.4 LC, en conjunta interpretación con los arts. 61.2 y 84.2.6º LC, es la de discriminar la calificación como crédito concursal o contra la masa de los generados por las obligaciones incumplidas a cargo de la concursada que justifican la resolución en función de la fecha, anterior o posterior a la declaración de concurso, en que debieron ser realizadas, tal como interesa la parte demandante.

Estimamos que es la correcta interpretación por los siguientes argumentos.

No es discutido que se trata de un contrato de tracto sucesivo con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes, de modo que su vigencia no se vio afectada por la declaración de concurso (art 61.2 LC); de hecho así ha sucedido en este caso, pues el contrato ha continuado vigente.

Mientras ha subsistido el contrato una vez declarado el concurso, de conformidad con el art. 61.2 LC las rentas arrendaticias devengadas con posterioridad debían pagarse con cargo a la masa (art. 61.2 y 84.2.6º primer inciso). Por tanto, si la norma se hubiera cumplido, las rentas devengadas con posterioridad al concurso habrían debido ser pagadas a su respectivo vencimiento (art. 154.2 LC, en la redacción aplicable, anterior a la reforma de la Ley 38/2011).

Si es así, no es una solución coherente con la ley aquella conforme a la cual, resuelto el contrato por incumplimiento, esas rentas posteriores pierden su condición de crédito contra la masa para pasar a ser créditos concursales, sólo por el hecho de que el acreedor perjudicado en su economía por el incumplimiento haya hecho valer su derecho a la resolución y su pretensión haya sido estimada.

La condición de créditos contra la masa de las prestaciones a cargo del concursado, en ese tipo de contratos, ha de mantenerse al ser resuelto el contrato conforme al art. 62.1 LC, pues así deriva del art. 62.4 en relación con el 61.2 y 84.2.6º LC.

El art. 62.4 distingue entre un incumplimiento anterior y un incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso para establecer que en aquél caso las prestaciones u obligaciones vencidas serán crédito concursal y en el segundo crédito contra la masa. El art. 61.2 ya indicaba, previamente, que las prestaciones a cargo del concursado (que deba realizar tras la declaración de concurso) son crédito contra la masa. Es por tanto la primera indicación de esta condición del crédito, que luego confirma el primer inciso del art. 84.2.6º LC, y que de haber sido cumplido no hubiera motivado la resolución por un incumplimiento posterior.

En coherencia, el art. 62.4 LC, tratándose de contratos de tracto sucesivo cuyo contenido obligacional se integra por una sucesión de obligaciones o prestaciones a cargo de cada parte

que deben ser realizadas o ejecutadas a lo largo del tiempo, al regular los efectos de la resolución por incumplimiento de la concursada en cuanto al tratamiento concursal de los créditos resultantes, obliga a deslindar los créditos por las obligaciones incumplidas con posterioridad a la declaración de concurso, que serán créditos contra la masa, de los generados por las obligaciones incumplidas con anterioridad, que serán concursales.

De otro lado, el resarcimiento solicitado tendrá así mismo la consideración de crédito contra la masa, al indemnizar por la utilización de los bienes ajenos en un periodo posterior a la declaración de concurso, hasta que sean restituidos al arrendador.

TERCERO. 7. La cuestión planteada ofrece dudas de hecho y de derecho, suscitadas por la determinación de un incumplimiento anterior o posterior al concurso en relación con el texto del art. 62.4 LC, por lo que no imponemos las costas en ninguna de las dos instancias (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 160/2013, de 23 de Abril de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En relación del régimen de **pago de los créditos contra la masa**, a pesar de que el artículo 84.3 LC autorice al administrador concursal para poder **postergar en interés del concurso el orden de pago de los créditos** (si la masa activa no resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa), esa postergación no podrá afectar a los **créditos de los trabajadores** (incluidos los derivados de la extinción de sus contratos de trabajo), en ningún caso.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. P.A.X. y otros 18 ex trabajadores de la concursada presentaron demanda de incidente concursal solicitando que los créditos que ostentan contra la concursada, dimanantes de la extinción de sus contratos de trabajo, fueran declarados como créditos contra la masa vencidos el 5 de diciembre de 2011 y que se ordenara proceder a su pago con preferencia a otros créditos contra la masa de fecha posterior.

2. Tanto la concursada como su Administración concursal aceptaron la calificación como crédito contra la masa así como la fecha de vencimiento, si bien se opusieron al pago con preferencia a otros créditos contra la masa argumentando la existencia de un acuerdo con los referidos trabajadores por virtud del cual, para lograr la continuidad de la empresa, aceptaron que el pago de sus créditos quedara postergado a la existencia de tesorería suficiente con el que hacerlos efectivos. Reconocen expresamente que se han pagado créditos de fecha posterior si bien alegan que ningún perjuicio se les ha causado a los demandantes por cuanto sus créditos se encuentran garantizados y se ha instado la firma de un convenio de recuperación con el FOGASA.

3. La resolución recurrida estimó la demanda exclusivamente en cuanto a la declaración de los créditos contra la masa y la desestimó en cuanto a la pretensión de pago, argumentando la existencia de actos propios de los acreedores que aceptaron la postergación del pago, así como la necesidad de proteger la continuidad de la actividad, y con ella la protección de los puestos de trabajo no afectados por la extinción.

4. El recurso de los demandantes cuestiona que lo pactado fuera diferir el pago en los términos que ha interpretado la resolución recurrida, esto es, aceptando la postergación respecto de otros créditos contra

la masa de fecha posterior. El hecho de que se hayan abonado otros créditos contra la masa evidencia que han existido recursos disponibles con los que hacer efectivos los créditos, razón por la que se ha producido vulneración de lo establecido en el art. 84.3 LC. Acepta demorar el cobro de la parte del crédito garantizada legalmente con las prestaciones del FOGASA, por la especial sensibilidad de los trabajadores y de su sindicato con la conservación de los puestos de trabajo, pero no así respecto de la parte no garantizada.

SEGUNDO. 5. El Administrador concursal alega que los recurrentes han introducido una cuestión nueva en el proceso con su alegación, formulada por vez primera en el recurso, de limitar su pretensión de cobro a las prestaciones no garantizadas por el FOGASA. Y no le falta razón en que la cuestión es nueva, pero ello no excluye que pueda ser objeto de consideración, porque no se trata de una cuestión nueva en el sentido del art. 456.1 LEC. Lo que han pretendido los recurrentes con esa alegación no es modificar los términos en los que aparecía planteado el conflicto durante la primera instancia, que sustancialmente mantiene el recurso, sino limitar el alcance de sus peticiones, algo que es legítimo y que únicamente puede favorecer los intereses de las recurridas, razón por la que no se puede entender el motivo de su queja.

Por otra parte, también debe tomarse en consideración que la demanda que dio lugar al incidente del que dimana el presente recurso se presentó en fecha 24 de mayo de 2012 y que la concursada admite que no fue hasta el 23 de mayo de 2012 cuando instó ante el FOGASA la aprobación de un acuerdo de recuperación, razón por la que es lógico que en la demanda no pudiera hacer referencia a ese procedimiento, porque es lógico que ni siquiera conociera aún de su existencia.

TERCERO. 6. La cuestión que el recurso trae a la segunda instancia consiste en **determinar si está justificada la postergación del pago de los créditos contra la masa que los demandantes tienen reconocidos en el concurso y que corresponden a créditos derivados de la extinción de sus contratos de trabajo con la concursada, extinción operada en el marco del concurso y dentro de un procedimiento colectivo en el que se consiguió un acuerdo con el Administrador concursal.**

7. La resolución recurrida considera que esa postergación está justificada con dos argumentos: (i) los actos propios de los demandantes, que aceptaron expresamente, en el ámbito del procedimiento colectivo de extinción de sus relaciones laborales, esperar a cobrar sus créditos a la existencia de tesorería suficiente para atenderlos; y (ii) la conservación de la continuidad de la empresa, con el efecto de salvar las relaciones laborales.

8. El recurso imputa a la resolución recurrida haber incurrido en vulneración de lo establecido en el art. 84.3 LC, que impide la postergación de los créditos laborales, y no acepta que lo pactado fuera propiamente una postergación respecto de otros créditos contra la masa, como ha interpretado la resolución recurrida.

9. El pacto sobre cuya interpretación discuten las partes establece lo siguiente: *<<El pago de los conceptos que se reconocen en el presente acuerdo queda supeditado en cuanto al reconocimiento y pago efectivo a la Ley Concursal y a la disponibilidad efectiva de recursos para hacer frente a su pago en la Compañía.*

La Compañía realizará las mejores gestiones para alcanzar un acuerdo de anticipo de prestaciones con el FOGASA quién se subrogará, en su caso, en la posición de los trabajadores respecto de las cantidades avanzadas por el FGS>>.

10. No es irrazonable interpretar, como han hecho las demandadas y la resolución recurrida, que la "disponibilidad efectiva" a la que se refiere el pacto debe ser entendida en un contexto de continuidad de la actividad de la concursada, lo que presupone que las partes hubieran pactado que el pago de la indemnización debiera entenderse postergado al menos en relación con el pago de otras deudas contra la masa sin las cuales resultaría imposible la continuidad de la actividad de la concursada, como, por ejemplo, el suministro de los proveedores estratégicos o el pago de las deudas laborales correspondientes a los trabajadores con contrato en vigor.

11. No obstante, también debemos reconocer que esa postergación no resulta con claridad del **pacto, que se limita a establecer que el pago se produciría con sujeción a los principios de la Ley Concursal y a la existencia de recursos con los que hacerlo efectivo. La sumisión a los principios de la Ley Concursal suponía, de acuerdo con el marco normativo vigente en el momento en el que el pacto se logró (14 de noviembre de 2011), la sumisión al principio de que el pago de los créditos contra la masa se llevaría a cabo siguiendo el principio del vencimiento (art. 154.2 LC).**

Por consiguiente, **no resulta fácil poder deducir del tenor literal del pacto y de su interpretación de acuerdo con el régimen legal aplicable que las partes alcanzaran acuerdo alguno de postergación. Y, si ésa hubiera sido su voluntad, con independencia de su validez, creemos que debería haberse recogido en términos mucho más claros. Lo único que cabe deducir del pacto es que los trabajadores afectados eran conscientes de que no percibirían de forma inmediata sus créditos y que aceptaban que su cobro, al menos en parte, se hiciera a través de las prestaciones del FOGASA.**

12. La nueva regulación de la materia, introducida por la **Ley 38/2011, de 10 de octubre**, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012, introduce una novedad significativa que afecta al **régimen de pago de los créditos contra la masa**, en la medida en que autoriza al **AC para poder postergar, en interés del concurso, el orden de pago de los créditos**, alterando la regla del vencimiento, y **siempre que presuma que la masa activa no será suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa (art. 84.3 LC). No obstante, esa postergación no podrá afectar, entre otros, a los créditos de los trabajadores.**

13. Esta nueva regulación creemos que resulta de **aplicación en nuestro caso, en la medida en que el pago de los créditos aún no se había producido en el momento de su entrada en vigor. Y también creemos que ofrece argumentos para justificar una aplicación flexible del principio del vencimiento como único criterio organizativo del pago de los créditos contra la masa**, limitándolo de forma notable. No obstante, a la vez, también ofrece **límites respecto del alcance efectivo de esa flexibilización cuando dispone que no puede alcanzar a los créditos laborales.**

Ese **límite legal** creemos que, al menos en principio, **no puede ser rebasado en la interpretación judicial de ese principio de flexibilización**, aunque puedan no faltar buenas razones que lo justifiquen, como sin duda que concurren en el caso en examen.

14. Por consiguiente, no creemos que **tampoco al amparo de esta nueva normativa se pueda considerar que el legislador haya aceptado que la postergación de los créditos reclamados se pueda producir.** Debemos, por tanto, estimar el recurso ordenando que se proceda de inmediato, y en cuanto lo permitan las disponibilidades de tesorería de la concursada, al pago de los créditos de los demandantes en la parte no garantizada por el FOGASA, lo que se especifica en el anexo presentado junto con el recurso que obra al folio 111 de las actuaciones y concretamente en la columna de la derecha, bajo el título "diferencia".

CUARTO. 15. No contradice lo anterior el hecho de que la concursada, cumpliendo lo pactado en el momento de la extinción de las relaciones contractuales con los actores, haya solicitado del FOGASA llegar a un acuerdo de recuperación, por varias razones:

i) Que se haya instado el acuerdo de recuperación y que el mismo afecte a la totalidad de la deuda objeto de la reclamación no significa que el acuerdo finalmente se logre.

ii) Que los trabajadores demandantes hayan aceptado ese procedimiento no creemos que les pueda privar de sus derechos cuando no existe ninguna garantía de que puedan hacer efectivos sus créditos en el concurso. Puede constituir una garantía adicional de efectividad de sus créditos pero no supone una renuncia a hacerlos efectivos con cargo a la masa del concurso.

QUINTO. 16. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Sentencia nº 177/2013, de 2 de Mayo de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La renuncia por las partes a los beneficios de excusión, orden y división no excluye la nota de **subsidiariedad de la fianza**. La obligación de la concursada, como fiadora solidaria, está sujeta al cumplimiento de la condición suspensiva de que el deudor principal incumpla y, por tanto, el crédito ha de figurar en el concurso como **contingente sin cuantía propia** (87.3º LC).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte actora, en incidente de impugnación de la lista de acreedores, recurre en apelación la calificación del crédito derivado de la escritura pública de préstamo hipotecario de 20 de junio de 2005. No es controvertido que en dicha escritura, otorgada ante el Notario de San Vicenç dels Horts Don Josep Maria Fugardo Estivil, CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA (hoy CAIXABANK) concedió un préstamo hipotecario a la entidad PU.VI.D., S.L., interviniendo la concursada como fiadora solidaria. La demandante interesó se incluyera su crédito como ordinario por el principal (248.437,29 euros) y como subordinado en la parte correspondiente a intereses (526,25 euros).

La sentencia de instancia, de acuerdo con el criterio de esta Sala sentado en las sentencias de 18 de diciembre de 2008 y 15 de septiembre de 2011, ordena se incluya el **crédito como contingente y sin cuantía propia, al estar sujeto a condición suspensiva**.

La actora recurre en apelación la sentencia, al entender que el fiador que ha renunciado a los beneficios de excusión, orden y división se equipara a un verdadero deudor principal. Por ello el crédito debe figurar sin contingencia en el concurso, conclusión que infiere, igualmente, de lo dispuesto en el artículo 87.5º de la Ley Concursal.

La parte demandada se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- El recurso plantea **la calificación del crédito del acreedor afianzado en el concurso del fiador, cuando las partes han convenido expresamente la renuncia al beneficio de excusión**. En la doctrina y en la práctica judicial son dos las posturas que se vienen manteniendo. Hay quienes consideran que, de acuerdo con el artículo 87.5º de la Ley Concursal, el crédito debe reconocerse sin limitación ni contingencia alguna. Conforme a dicho precepto, los créditos "que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión". Por tanto, interpretando la norma *sensu contrario*, si la fianza se ha convenido con renuncia al beneficio de excusión, el crédito no puede tener la consideración de contingente.

Una segunda línea de **interpretación, mayoritaria en la doctrina y en la práctica forense**, considera que el crédito del concursado fiador está sujeto a una condición suspensiva, como es el previo incumplimiento del deudor principal. Por ello y de acuerdo con lo previsto en el artículo 87.3º, el crédito debe ser reconocido como contingente sin cuantía propia. Esta es la tesis que hemos mantenido en nuestras anteriores sentencias de 18 de diciembre de 2008 (RA 130/2008) y 25 de enero de 2012 (ROJ 2719/2012). Como señala la primera de las sentencias, citada por la segunda, la clasificación directa de crédito ordinario implicaría equiparar "sin más los créditos sin beneficio de excusión, como son las fianzas solidarias, a los créditos incondicionados, amparándose en la capacidad del deudor de dirigirse indistintamente contra cualquiera de los deudores solidarios (art. 1144 CC). Con ello se obvia un extremo sustancial, como es que el artículo 87.5 no opera pendiente la condición, sino cuando la condición se ha cumplido: solamente en ese caso será exigible la responsabilidad del fiador, cuando se haya producido el impago del deudor principal. Es en ese caso

que el acreedor puede dirigir su mirada al fiador y es entonces, en efecto, cuando opera el beneficio de excusión previa del patrimonio del deudor principal, si existe tal beneficio, o cuando el acreedor puede reclamar directamente el pago al fiador solidario, si la excusión no tiene lugar.”

Dicha sentencia añade que el impago del deudor principal tiene “naturaleza suspensiva”, actuando como “condición para que surja la obligación de la concursada. Si la situación en el concurso fuera otra –dice la sentencia-, es decir, si el deudor principal no hubiera devuelto el préstamo en la fecha pactada, no existiría duda alguna de que, al no operar el beneficio de excusión, no concurriría razón que justificara una clasificación como contingente. Por el contrario, en nuestro caso, el crédito de la apelante derivado de la póliza, *per se*, sin saber si el prestatario cumplirá o no llegado el vencimiento de la póliza, tiene naturaleza contingente y de esa forma debe ser reconocido, según impone el artículo 87.3 de la LC.”

Tal postura, como señalamos en Sentencia de 14 de enero de 2013 (ROJ 456/2013), tiene como premisa el considerar el principio de subsidiariedad como una nota esencial de la fianza, presente en todas sus modalidades, también cuando se haya pactado como solidaria y se haya excluido el beneficio de excusión. No es posible, en definitiva, identificar subsidiariedad y beneficio de excusión. El principio de subsidiariedad implica que la obligación del fiador sólo nace si el deudor principal incumple, en tanto que el beneficio de excusión, que presupone el incumplimiento del deudor, supone que el fiador no puede ser compelido al pago mientras queden en el patrimonio del deudor bienes bastantes para hacer frente a la deuda (artículo 1830 del Código Civil). Es decir, si se pacta el beneficio de excusión o de orden, el fiador, incumplida la obligación, puede aplazar el cumplimiento de la suya mientras el deudor disponga de bienes realizables suficientes para cubrir el importe de la deuda (artículo 1832 del Cc). Por el contrario, si la fianza se conviene como solidaria o el fiador renuncia al beneficio de excusión, basta con que concurra la situación objetiva de incumplimiento –principio de subsidiariedad- para que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador.

TERCERA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, debemos confirmar la sentencia de instancia, que es respetuosa con el criterio expuesto. La renuncia a los beneficios de excusión, orden y división no excluye la nota de subsidiariedad de la fianza. La obligación de la concursada, como fiadora solidaria, está sujeta al cumplimiento de la condición suspensiva de que el deudor principal incumpla y, por tanto, el crédito ha de figurar en el concurso como contingente sin cuantía propia.

No se ha cuestionado, además, que el deudor principal esté cumpliendo con las obligaciones derivadas del préstamo, extremo en el que ha insistido la concursada en su escrito de oposición. Por todo ello debemos desestimar el recurso.

CUARTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas, no es procedente hacer pronunciamiento alguno (artículo 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como se ha expuesto a lo largo de esta resolución, en la doctrina y en la práctica judicial se han mantenido criterios divergentes sobre la cuestión litigiosa.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 212/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Por el principio de no responsabilidad de los socios por las deudas sociales, los pasivos sobrevenidos a la liquidación y extinción de la sociedad deben ser asumidos por los antiguos socios, ya que las obligaciones sociales no se extinguen por la cancelación de la sociedad, si bien, tienen el límite de lo percibido en la liquidación (399 del TRLSC). Ahora bien, cuando el valor de la cuota de liquidación no es suficiente para atender todo el pasivo sobrevenido, esa limitación de responsabilidad no puede subsistir.

La obligación de reparar el daño por un acto ilegal y culposo –ocupación de predio- tiene

la naturaleza de responsabilidad civil extracontractual, y deberá ser calificado como **crédito privilegiado general**, en virtud del artículo 91.5º LC.

Notas: Se trata del mismo supuesto de hecho que la S de 24 de julio de 2013.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La concursada Doña F.M.S.A. recurre en apelación la sentencia de instancia que ordena se califique el crédito de la demandante como privilegiado general del artículo 91.5º de la Ley Concursal y que se elimine la limitación de responsabilidad introducida respecto de ese crédito. Para la adecuada resolución del recurso debemos reseñar los siguientes hechos no controvertidos que son relevantes para la calificación del crédito:

1º) El crédito de la entidad demandante MON., S.A. trae causa del procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Mataró (autos 355/2007). Ante dicho Juzgado la actora ejercitó acción reivindicatoria contra Doña F.M.S.A. y Doña M.C.P., socias únicas de VIDRIGOLA S.L. –entidad disuelta y liquidada-, y contra PROM., S.L., por la ocupación por aquella entidad de una porción de terreno de 6.132,10 metros cuadrados entre los términos municipales de Mataró y Sant Andreu de Llavaneras. Tras desestimarse la sentencia en primera instancia, la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 17 de septiembre de 2009 en la que condenaba a VID., S.L., Doña M.C. P. y a Don F.M.S.A. al pago de 1.112.000 euros, más los intereses del artículo 576 de la LEC, absolviendo libremente a PROM., S.L.

La sentencia de apelación concluyó que, tal y como se sostenía en la demanda, VID., S.L. amplió la cabida de una finca de su propiedad durante el proyecto de urbanización del Sector Mirador de Sant Andreu de Llavaneras, si bien, por no ser posible la restitución el terreno ocupado al haber sido adquirido por la entidad PROM., S.L., que gozaba de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, acoge la pretensión subsidiaria y condena a las demandadas, *“de conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto”* (fundamento séptimo de la sentencia, al folio 40), al pago de la cantidad señalada de 1.112.000 euros.

2º) La sentencia es confirmada por la sentencia de 19 de julio de 2010 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (documento dos de la demanda), que desestimó el recurso de casación interpuesto por las demandadas. Sin embargo la sentencia de casación descartó que la acción fuera por enriquecimiento injusto. En su fundamento cuarto precisó que en la pretensión subsidiaria finalmente acogida se instó *“la reparación del daño ante la imposibilidad de reintegrar in natura la porción de terreno ilegalmente atribuida y después aportada al proyecto de urbanización, que se transforma en una deuda indemnizatoria ante la mencionada imposibilidad y que, tal y como hemos afirmado, es una deuda de valor”*. Por tanto, *“más que una acción de enriquecimiento –añade la sentencia- es una reclamación de cantidad como compensación a la imposibilidad de reintegración de la cosa”*.

3º) Promovida la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, las socias de VID., S.L. - Doña M.C.P. y a Doña F.M.S.A. - invocaron, como motivo de oposición, el artículo 123 de de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por cuanto entendían que sólo podían ser objeto de ejecución aquellos bienes que se les habían atribuido en la liquidación de la sociedad. La Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona analiza la cuestión en el fundamento sexto del auto de 23 de septiembre de 2011 (documento tres de la demanda), que resolvió los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra el auto del juez de instancia. En aquella resolución la Audiencia señala que las socias de VID., S.L., sociedad ya liquidada, habían comparecido en el procedimiento como demandadas y habían sido condenadas al pago de 1.112.000 euros. *“Según resulta de las sentencias dictadas en las distintas instancias –dice literalmente aquella resolución- en dicho procedimiento no plantearon los límites de su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 123.2º de la LSRL, como pretenden hacer ahora en ejecución. Si entendían las demandadas que la responsabilidad como antiguas socias de VID., S.L. quedaba limitada a los bienes que habían recibido como cuota de la liquidación lo deberían haber planteado oportunamente en la fase declarativa del procedimiento. La sentencia les condena a pagar una determinada cantidad y este pronunciamiento se ha de ejecutar. A falta*

de cumplimiento voluntario, se habrá de embargar sus bienes ajustándose a las previsiones del artículo 592 de la LEC”.

“En todo caso –añade el auto de la Audiencia- la interpretación que hacen las demandadas del artículo 123.2º de la LSRL y que acoge el Juzgado no puede ser compartido por este Tribunal. La cuota de liquidación de una sociedad puede ser satisfecha tanto de forma dineraria como en especie. El límite de responsabilidad que establece aquel precepto no se puede referir, como entiende la doctrina mercantilista, a los bienes concretos que se hayan entregado sino a la suma o valor de la cuota de liquidación. Si no fuese así y se entendiese que son los bienes los que constituyen el límite de responsabilidad de los antiguos socios por las deudas sociales, se les podría exigir la restitución de aquel bien concreto con la obligación de recuperarlo o fijar la responsabilidad en el valor actual (superior o inferior respecto el valor de la cuota de liquidación) de aquellos bienes. Por otra parte, como pone de relieve algún autor (Soler Masota que cita a Costi), ello supondría un injustificado tratamiento diferente de los socios porque aquellos que hubieran recibido la cuota de liquidación en dinero, la cuota quedaría petrificada y por contra, los que la hubieran recibido en especie estarían expuestos a las oscilaciones de valor que experimentasen los bienes en el mercado”.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, en contra del criterio de la administración concursal, eliminó la limitación derivada del artículo 123.2º de la LSRL, atendido lo resuelto por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el incidente de oposición a la ejecución provisional. En el informe, la administración concursal señaló que las “diversas partidas del pasivo de la concursada han de limitarse por la cuota de adjudicación que asciende a 1.165.238 euros. Y esta limitación ha de afectar a aquellos acreedores cuyo título traiga causa de la disolución y liquidación de VID., S.L.”, esto es, “Agencia Tributaria, MONT., S.A., JO. JA., S.A. y Diputación de Barcelona”. Por otro lado, la sentencia ordena que se califique el crédito como privilegiado del artículo 91.5º de la Ley Concursal (créditos por responsabilidad civil extracontractual).

La concursada Doña F.M.S.A. recurre en apelación la sentencia. Interesa, de un lado, se mantenga la limitación, alegando que el Juzgado ha valorado erróneamente el auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de septiembre de 2011. Por otro lado solicita que se califique el crédito como ordinario, tal y como se reconoció en la lista, dado que no tiene naturaleza extracontractual, sino que se justifica en las sentencias en la doctrina del enriquecimiento injusto.

A tal pretensión se opone la parte actora, que interesa que se desestime íntegramente el recurso y se confirme la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

TERCERO.- Por lo que se refiere al **límite de responsabilidad**, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que el **criterio de la administración concursal fue correcto y que la responsabilidad de la concursada por las deudas no satisfechas de VID., S.L. ha de quedar constreñida al valor de lo recibido como cuota de liquidación, que en este caso fue de 1.165.238 euros**. Así lo establece, en términos generales, el artículo 123.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 399 del TRLSC). De acuerdo con dicho precepto, “los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa”. La norma pretende solucionar el problema de los **pasivos sobrevenidos a la liquidación y extinción de la sociedad**. En tales caso, los **antiguos socios asumen ex lege las obligaciones sociales, que no se extinguen por la cancelación de la sociedad, si bien con el límite de lo percibido en la liquidación**. De esta manera se preserva el **principio de no responsabilidad de los socios por las deudas sociales**.

Ciertamente, las sentencias que resolvieron la acción reivindicatoria no se plantearon el problema de la limitación de la responsabilidad, a buen seguro por cuanto no se suscitó, dado que el importe de la condena fue inferior al valor de la cuota de liquidación. **El pasivo sobrevenido ha de determinarse en su integridad, sin perjuicio de que sólo pueda hacerse efectivo en parte frente a los socios o íntegramente, si los liquidadores incurren en responsabilidad en caso de dolo o culpa**. Es en ejecución cuando la concursada, como antigua socia de VID., S.L., opuso que ésta debía dirigirse únicamente contra “aquellos bienes que se le habían atribuido en la liquidación de la sociedad” (fundamento primero del auto de la Audiencia, al folio 66). Esta resolución analizó si, efectivamente, sólo cabía apremiar bienes procedentes de la

liquidación. Es cierto que en el fundamento sexto parece excluir cualquier limitación por no haberse suscitado la cuestión durante la fase declarativa del procedimiento (cuarto párrafo del fundamento sexto, al folio 78). Sin embargo ese párrafo ha de ponerse en relación con el siguiente, del que se deduce **que la única limitación que descarta el Tribunal es la que se podría derivar de la ejecución de bienes concretos, no así la que resulta de la suma o valor de lo percibido en liquidación.**

Ha de tenerse presente que el problema se evidencia en toda su extensión cuando, en el marco del concurso, se comprueba que **son cuatro los acreedores de VID., S.L. y que el valor de la cuota de liquidación no es suficiente para atender todo el pasivo sobrevenido. No es razonable que tres de ellos vean limitado su crédito frente a la concursada y que no lo esté MONT., S.A., que, a estos efectos, se encuentra en idéntica situación que ellos.** Por todo ello acogemos el primer motivo de impugnación.

CUARTO.- Entendemos, por el contrario, que debe mantenerse la **calificación del crédito como privilegiado general del artículo 91.5º de la Ley Concursal.** De acuerdo con dicho precepto, merecen tal calificación los créditos **“por responsabilidad civil extracontractual”.** La recurrente afirma que la pretensión subsidiaria se acogió por aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, que no requiere mala fe, negligencia o acción culpable y, por tanto, que no participa de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, aun cuando fue ese el criterio de la sentencia de apelación, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pese a desestimar el recurso de casación, **rechazó expresamente que la acción fuera por enriquecimiento injusto.** La sentencia consideró que se **instaba la “reparación del daño” como acción subsidiaria ante la imposibilidad de reintegrar in natura la finca, transformándose la obligación de restituir en una “deuda indemnizatoria”.**

A falta de perfiles más precisos, habrá que concluir que **el crédito por responsabilidad civil extracontractual será aquél que, en contraposición al que nace por incumplimiento de un contrato, pueda residenciarse en los supuestos de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.** En el presente caso, entre la demandante y la concursada **no existía una previa relación obligatoria.** La obligación de reparar el daño, como afirma la sentencia de casación, **trae causa de un acto ilegal y culposo** –la ocupación de una porción de terreno por VID., S.A.- **que provocó a la demandante un perjuicio equivalente al valor del terreno del que fue privado.** Consideramos, por tanto, que **la responsabilidad tiene naturaleza extracontractual y, por tanto, que el crédito fue correctamente calificado en la sentencia de instancia.** En consecuencia, el recurso debe estimarse solo parcialmente.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede su imposición al estimarse parcialmente el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 313/2013, de 24 de Julio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Ante los **pasivos sobrevenidos a la liquidación y extinción de la sociedad,** la responsabilidad de los socios por las deudas no satisfechas de la sociedad extinguida ha de quedar constreñida al valor de lo recibido como cuota de liquidación, y ello sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa. Así lo establecía el artículo 123.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 399 del TRLSC).

A efectos de la **calificar el crédito como privilegiado general del artículo 91.5º LC,** serán **créditos por responsabilidad civil extracontractual** las obligaciones de reparar el daño que traen causa de un acto ilegal y culposo, que provoca un perjuicio, sin que existiera previa relación obligatoria entre las partes.

Notas: Al parecer se trata del mismo supuesto de hecho que la S de 24 de julio de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La concursada, Sra. M. M. C. P., apela la sentencia que califica el crédito de la demandante, MONT, S.A., como privilegiado general del artículo 91.5º de la Ley Concursal y acuerda que se elimine la limitación de responsabilidad introducida respecto de ese crédito. Para la adecuada resolución del recurso debemos reseñar los siguientes hechos no controvertidos que son relevantes para la calificación del crédito:

1. El crédito de la entidad demandante MONT., S.A. trae causa del procedimiento ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 1 de Mataró (autos 355/2007). Ante dicho Juzgado la actora ejercitó la acción reivindicatoria contra F. M. S. A. y M. M. C. P., socias únicas de VIDRI, S.L. –entidad disuelta y liquidada-, y contra P. 2003, S.L., por la ocupación por aquella entidad de una porción de terreno de 6.132,10 metros cuadrados entre los términos municipales de Mataró y Sant Andreu de Llavaneras. Tras desestimarse la sentencia en primera instancia, la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 17 de septiembre de 2009 en la que condenaba a VIDRI, S.L., M. M. C. P. y F. M. S. A. al pago de 1.112.000 euros, más los intereses del artículo 576 de la LEC, absolviendo libremente a P. 2003, S.L.

La sentencia de apelación concluyó que, tal y como se sostenía en la demanda, VIDRI, S.L. amplió la cabida de una finca de su propiedad durante el proyecto de urbanización del Sector Mirador de Sant Andreu de Llavaneras, si bien, por no ser posible la restitución del terreno ocupado al haber sido adquirido por la entidad P. 2003, S.L., que gozaba de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, acoge la pretensión subsidiaria y condena a las demandadas, *“de conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto”* (fundamento séptimo de la sentencia), al pago de la cantidad señalada de 1.112.000 euros.

2. La sentencia fue confirmada por la de 19 de julio de 2010 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso de casación interpuesto por las demandadas. Sin embargo, la sentencia de casación descartó que la acción fuera por enriquecimiento injusto. En su fundamento cuarto precisó que mediante la pretensión subsidiaria finalmente acogida se instó *“la reparación del daño ante la imposibilidad de reintegrar in natura la porción de terreno ilegalmente atribuida y después aportada al proyecto de urbanización, que se transforma en una deuda indemnizatoria ante la mencionada imposibilidad y que, tal y como hemos afirmado, es una deuda de valor”*. Por tanto, *“más que una acción de enriquecimiento –añade la sentencia- es una reclamación de cantidad como compensación a la imposibilidad de reintegración de la cosa”*.

3. Promovida la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, las socias de VIDRI, S.L. – Sras. F. M. S. A. y M. M. C. P.- invocaron, como motivo de oposición, el artículo 123 de de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por cuanto entendían que sólo podían ser objeto de ejecución aquellos bienes que se les habían atribuido en la liquidación de la sociedad. La Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona analiza la cuestión en el fundamento sexto del auto de 23 de septiembre de 2011, que resolvió los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra el auto del juez de instancia. En aquella resolución la Audiencia señala que las socias de VIDRI, S.L., sociedad ya liquidada, habían comparecido en el procedimiento como demandadas y habían sido condenadas al pago de 1.112.000 euros. *“Según resulta de las sentencias dictadas en las distintas instancias –dice literalmente aquella resolución- en dicho procedimiento no plantearon los límites de su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 123.2º de la LSRL, como pretenden hacer ahora en ejecución. Si entendían las demandadas que la responsabilidad como antiguas socias de VIDRI, S.L. quedaba limitada a los bienes que habían recibido como cuota de la liquidación lo deberían haber planteado oportunamente en la fase declarativa del procedimiento. La sentencia les condena a pagar una determinada cantidad y este pronunciamiento se ha de ejecutar. A falta de cumplimiento voluntario, se habrá de embargar sus bienes ajustándose a las previsiones del artículo 592 de la LEC”*.

“En todo caso –añade el auto de la Audiencia- la interpretación que hacen las demandadas del artículo 123.2º de la LSRL y que acoge el Juzgado no puede ser compartido por este Tribunal. La cuota de liquidación de una sociedad puede ser satisfecha tanto de forma dineraria como en especie. El límite de responsabilidad que establece aquel precepto no se puede referir, como entiende la doctrina mercantilista, a los bienes concretos que se hayan entregado sino a la suma o valor de la cuota de liquidación. Si no fuese así y se entendiese que son los bienes los que constituyen el límite de responsabilidad de los antiguos socios por las deudas sociales, se les podría exigir la restitución de aquel bien concreto con la obligación de recuperarlo o fijar la responsabilidad en el valor actual (superior o inferior respecto el valor de la cuota de liquidación) de aquellos bienes. Por otra parte, como pone de relieve algún autor (Soler Masota que cita a Costi), ello supondría un injustificado tratamiento diferente de los socios porque aquellos que hubieran recibido la cuota de liquidación en dinero, la cuota quedaría petrificada y por contra, los que la hubieran recibido en especie estarían expuestos a las oscilaciones de valor que experimentasen los bienes en el mercado”.

2. La sentencia del juzgado mercantil, en contra del criterio de la administración concursal, eliminó la limitación derivada del artículo 123.2º de la LSRL, atendiendo a lo resuelto por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el incidente de oposición a la ejecución provisional. En el informe, la administración concursal señaló que las *“diversas partidas del pasivo de la concursada han de limitarse por la cuota de adjudicación que asciende a 1.165.238 euros. Y esta limitación ha de afectar a aquellos acreedores cuyo título traiga causa de la disolución y liquidación de VIDRI, S.L.”*, esto es, *“Agencia Tributaria, MONT., S.A., J. J. S.A. y Diputación de Barcelona”*. Por otro lado, la sentencia ordena que se califique el crédito como privilegiado del artículo 91.5º de la Ley Concursal (créditos por responsabilidad civil extracontractual).

3. La concursada Sra. M. M. C. P. recurre en apelación la sentencia. Interesa, de un lado, que se mantenga la limitación, alegando que el Juzgado ha valorado erróneamente el auto de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de septiembre de 2011. Por otro lado solicita que se califique el crédito como ordinario, tal y como se reconoció en la lista, dado que no tiene naturaleza extracontractual, sino que se justifica en las sentencias en la doctrina del enriquecimiento injusto.

A tal pretensión se opone la parte actora, que interesa que se desestime íntegramente el recurso y se confirme la sentencia de instancia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO. 4. Resolvemos la presente controversia en coherencia con lo que hemos decidido, sobre las mismas cuestiones, en el concurso de la Sra. F. M. S. A. (Rollo de apelación 107/2013).

Por lo que se refiere al límite de responsabilidad, aun cuando la cuestión suscita dudas de derecho, entendemos que el criterio de la administración concursal fue correcto y que **la responsabilidad de la concursada por las deudas no satisfechas de VIDRI, S.L. ha de quedar constreñida al valor de lo recibido como cuota de liquidación**, que en este caso fue de 1.165.238 euros. Así lo establece, en términos generales, el artículo 123.2º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (hoy artículo 399 del TRLS). De acuerdo con dicho precepto, *“los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores en caso de dolo o culpa”*. La norma pretende solucionar el problema de los pasivos sobrevenidos a la liquidación y extinción de la sociedad. En tales caso, **los antiguos socios asumen ex lege las obligaciones sociales, que no se extinguen por la cancelación de la sociedad, si bien con el límite de lo percibido en la liquidación**. De esta manera se preserva el principio de no responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

5. Ciertamente, las sentencias que resolvieron la acción reivindicatoria no se plantearon el problema de la limitación de la responsabilidad, a buen seguro por cuanto no se suscitó, dado que el importe de la condena fue inferior al valor de la cuota de liquidación. **El pasivo sobrevenido ha de determinarse en su integridad, sin perjuicio de que sólo pueda hacerse efectivo en parte frente a los socios o íntegramente, si los liquidadores incurren en responsabilidad en caso de dolo o culpa**. Es en ejecución cuando la concursada, como antigua socia de VIDRI, S.L., opuso que ésta debía dirigirse únicamente contra *“aquellos bienes que se le habían atribuido en la liquidación de la sociedad”* (fundamento primero del auto de la Audiencia). Esta resolución analizó si, efectivamente, sólo cabía apremiar bienes procedentes de la

liquidación. Es cierto que en el fundamento sexto parece excluir cualquier limitación por no haberse suscitado la cuestión durante la fase declarativa del procedimiento (cuarto párrafo del fundamento sexto). Sin embargo ese párrafo ha de ponerse en relación con el siguiente, del que se deduce que la única limitación que descarta el Tribunal es la que se podría derivar de la ejecución de bienes concretos, no así la que resulta de la suma o valor de lo percibido en liquidación.

Ha de tenerse presente que el problema se evidencia en toda su extensión cuando, en el marco del concurso, se comprueba que son cuatro los acreedores de VIDRI, S.L. y que el valor de la cuota de liquidación no es suficiente para atender todo el pasivo sobrevenido. No es razonable que tres de ellos vean limitado su crédito frente a la concursada y que no lo esté el de MONT, S.A., que, a estos efectos, se encuentra en idéntica situación que ellos. Por todo ello acogemos el primer motivo de impugnación.

TERCERO. 6. Entendemos, por el contrario, que **debe mantenerse la calificación del crédito como privilegiado general del artículo 91.5º de la Ley Concursal.** De acuerdo con dicho precepto, merecen tal calificación los créditos *“por responsabilidad civil extracontractual”*. La recurrente afirma que la pretensión subsidiaria se acogió por aplicación de la **doctrina del enriquecimiento injusto**, que **no requiere mala fe, negligencia o acción culpable y, por tanto, que no participa de los presupuestos de la responsabilidad extracontractual.** Sin embargo, aun cuando fue ese el criterio de la sentencia de apelación, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pese a desestimar el recurso de casación, rechazó expresamente que la acción fuera por enriquecimiento injusto. La sentencia consideró que se instaba la “reparación del daño” como acción subsidiaria ante la imposibilidad de reintegrar *in natura* la finca, transformándose la obligación de restituir en una “deuda indemnizatoria”.

A falta de perfiles más precisos, habrá que concluir que **el crédito por responsabilidad civil extracontractual será aquél que, en contraposición al que nace por incumplimiento de un contrato, pueda residenciarse en los supuestos de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.** En el presente caso, entre la demandante y la concursada no existía una previa relación obligatoria. La obligación de reparar el daño, como afirma la sentencia de casación, trae causa de un acto ilegal y culposo –la ocupación de una porción de terreno por VIDRI., S.A.- que provocó a la demandante un perjuicio equivalente al valor del terreno del que fue privado. Consideramos, por tanto, que la responsabilidad tiene naturaleza extracontractual y, por tanto, que el crédito fue correctamente calificado en la sentencia de instancia. En consecuencia, el recurso debe estimarse solo parcialmente.

CUARTO. 7. En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede su imposición al estimarse parcialmente el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 413/2013, de **18 de Noviembre de 2013.**

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La Sentencia considera que los créditos devengados tras la aprobación del convenio pero antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, deben considerarse concursales y no CCM.

Notas: Referencia a la STS de 4 de diciembre de 2012, que ya advirtió del cambio legislativo en la calificación de los créditos posteriores a la aprobación del convenio por la reforma operada por la Ley 38/2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Q.S., S.L. promovió este incidente concursal para que se conceptuara como crédito contra la masa el que ostentaba contra la concursada, C.T., S.A., por importe de 34.281,52 euros, que había sido clasificado por la Administración concursal (AC) como crédito concursal. La desestimación por el juzgado mercantil de la pretensión de la acreedora ha dado lugar al recurso de apelación mediante el cual Q.S., S.L. insiste en su petición inicial, a la que se oponen, como ya lo hicieron en la primera instancia, la concursada y la AC.

2. No hay desacuerdo entre las partes acerca de los antecedentes de hecho de la reclamación, perfectamente relacionados en la sentencia del juzgado mercantil:

1) El 7 de mayo de 2009 fue declarado el concurso de C.T., S.A. y el 22 de enero de 2010 se dictó sentencia de aprobación del convenio.

2) Q.S., S.L. suministró productos de cosmética a la concursada durante la fase de cumplimiento del convenio, girando dos facturas que suman 34.281,52 euros. Las facturas vencían, respectivamente, el 25 de septiembre y el 25 de noviembre de 2010.

3) Mediante auto de 22 de diciembre de 2011, se abre la liquidación por incumplimiento del convenio.

4) En el informe de 22 de febrero de 2012, la AC reconoce esos créditos como concursales ordinarios.

3. La acreedora Q.S., S.L. invoca el principio de legalidad y, en concreto, el artículo 84.2.5º de la LC, modificado por la Ley 38/2011, para fundamentar que su crédito tiene el carácter de crédito contra la masa.

Como pone de relieve la sentencia impugnada, lo que ha propiciado este incidente ha sido la diferente interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 38/2011, en relación con la aplicación del artículo 84.2.5º LC, cuestión sobre la que hemos tenido ocasión de pronunciarnos en sentencias anteriores (de 29 de abril de 2013 y de 23 de octubre de 2013).

4. En su redacción anterior, el artículo 84.2.5 LC se refería, como créditos contra la masa, a *“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, **apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso**”* (en negrita la parte modificada por la reforma).

Como hemos expuesto en la reciente sentencia de 23 de octubre de 2013, **la fijación como *dies ad quem* para la consideración de créditos contra la masa el de la aprobación del convenio** (momento en el que el convenio adquiere eficacia y cesan los efectos del concurso, aunque éste no concluya, ex artículo 133.1 LC) apoyaba la tesis que había mantenido este tribunal (entre otras, en la sentencia de 26 de marzo de 2008, invocada por la AC apelada) de que **los créditos generados tras la aprobación del convenio y hasta la eventual apertura de la liquidación por incumplimiento no habían nacido en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial, por lo que no podía reconocérseles, sin más, el carácter de créditos contra la masa**. Así lo vino a confirmar la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, que también advirtió del cambio legislativo en este punto por la reforma operada por la Ley 38/2011.

5. El artículo 84.2.5 LC, en su redacción tras la reforma por la Ley 38/2011, considera créditos contra la masa *“los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso”*. Con coherencia, **en el artículo 84.2.10 LC, la expresión “hasta la eficacia del convenio” se sustituye por la de “hasta la conclusión” del concurso**.

El preámbulo de la Ley 38/2011, dice al respecto, en el punto V.II: *“A igual propósito [favorecer la solución conservativa del concurso] responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la*

aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese dinero nuevo que contribuye a la continuidad de su actividad."

Introduce, por tanto, un criterio diverso del que ha mantenido este tribunal al aplicar la norma legal derogada, tal como confirma la STS citada de 4 de diciembre de 2012 (fundamento séptimo).

6. La disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 38/2011 establece: "**Los artículos 49, 84 -salvo los nuevos apartados 3, 4 y 5-, 86.2, 3 y 4, 90.1, 91, números 1.º, 3.º, 5.º, 6.º y 7.º, 92, números 1.º, 3.º y 5.º, 93.2.3.º y 94.4 de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, así como a efectos procedimentales lo dispuesto en los artículos 94.4, 95.1 y 96.4 y 5 de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, se aplicarán a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta Ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal.**"

La sentencia del juzgado razona que, a la entrada en vigor de la Ley 38/2011 ya se había presentado, en tiempo y forma, el informe de la AC previsto en el artículo 74 LC. Por ello, concluye que no estamos ante un concurso al que sea aplicable la nueva redacción del artículo 84. Esta es también la tesis de la AC y de la concursada.

Q.S., S.L. estima que la referencia legal al informe debe entenderse hecha, en el caso de autos, al informe de actualización emitido por la AC en el año 2012, la discrepancia con el cual ha motivado la demanda incidental.

No compartimos la interpretación de la apelante, sino los razonamientos del juez mercantil, coincidentes con los que hemos expuesto en las sentencias anteriores ya citadas (de 29 de abril y de 23 octubre de 2013): **cuando la disposición transitoria cuarta.2 menciona el informe presentado por la AC, sin más precisión -pese a que en el procedimiento concursal son varios los informes que elabora la AC-, ha de entenderse que se refiere al informe de la AC al que la LC dedica su título IV, bajo la rúbrica: "Del informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso", es decir, el informe regulado en los artículos 74 y siguientes LC.**

Esa interpretación la corrobora, a nuestro juicio, la referencia expresa al artículo 74 LC contenida en el inciso final de la propia disposición transitoria cuarta.2, cuando dice que, "**a tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta Ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal.**"

En el caso de autos, el informe previsto en el artículo 74 LC se presentó años antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2011, el 1 de enero de 2012. Por tanto consideramos que, conforme a la norma transitoria examinada, no puede aplicarse al caso la nueva redacción del artículo 84.2.5 LC y debe confirmarse la decisión del juez mercantil de que, **abierta la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, el crédito de Q.S., S.L. de 34.281,52 euros, cuya clasificación se discute, nacido tras la aprobación judicial del convenio el 22 de enero de 2010, ha de ser conceptuado como crédito concursal.** La interpretación contraria implicaría una aplicación retroactiva inadmisibles de la nueva norma.

En consecuencia, ha de desestimarse el recurso de apelación de Q.S., S.L..

7. Pese a la desestimación del recurso de apelación, la ausencia de criterios jurisprudenciales consolidados sobre la interpretación de la disposición transitoria aplicada fundamenta dudas de derecho determinantes de que no impongamos las costas de la segunda instancia (artículos 196.2 de la LC y 394.1 y 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 449/2013, de 11 de Diciembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Se entiende por **grupo de empresas** aquella formación que, sobre la base de unas relaciones determinadas entre varias empresas, formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional. Así, unidad de decisión se entiende tanto por vínculos de coordinación, como por vínculos societarios.

Tras la reforma del art. 42 CCom, el concepto de grupo, a efectos de consolidación de cuentas, sustituye el criterio de la unidad de decisión por el de **control societario**. Asimismo, en cuanto a la Ley Concursal se refiere, su disposición adicional sexta, establece que a los efectos de esa ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

En consecuencia, se debe dar una interpretación de grupo societario sobre el **concepto de control directo o indirecto ejercido por un tercero**. Por ello, si sólo hay vínculos horizontales o de coordinación entre las empresas, y no un control subordinado de una sobre las demás, los créditos pertenecientes a esas sociedades, deben ser considerados como **créditos concursales ordinarios**, y no subordinados.

Voto particular: Para determinar cuándo existe grupo, se ha de estar al criterio legal del control, real o potencial, directo o indirecto. Así, existirá grupo cuando se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso.

Únicamente deben quedar fuera del concepto de grupo aquellos grupos por **coordinación**: los grupos en los cuales no exista una situación de dominio ejercida por alguien que ostente el control sobre las diversas sociedades que lo integran, sino en las que su actuación como grupo obedezca a razones distintas de la idea de control.

La existencia de grupo es una cuestión de hecho, ya que será preciso analizar en cada caso si existe la relación de control (económico) que exige la existencia de grupo del art. 42.1 CCom. Por lo que no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas.

El concepto de grupo que resulta del artículo 42.1 CCom no exige que la situación de control la ostente una sociedad dominante sino que también admite que la pueda ostentar una **persona física**, como en el supuesto enjuiciado ocurre.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de grupo: STS de 24 de noviembre de 2011. Voto particular emitido por Juan F. Garnica Martín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- KO. TEC., S.L.U. recurre en apelación la sentencia dictada en el presente incidente que mantiene el criterio de la administración concursal de calificar su crédito como subordinado por pertenecer la demandante al mismo grupo que la concursada CU. COM., S.A.U. –la sentencia contiene otros pronunciamientos que no han sido impugnados en apelación-. Son hechos no controvertidos a valorar para resolver el recurso los siguientes:

1º) KO. TEC., S.L.U. ostenta un crédito por un importe total de 2.181.710 euros, que se desglosa de la siguiente manera: 888.770,19 euros entregados en concepto de préstamo y 1.499.940 euros por rentas mensuales derivadas de un contrato de arrendamiento de maquinaria suscrito entre las partes y que expiró el 3 de octubre de 2011.

2º) El crédito en su totalidad fue reconocido por la administración concursal en el informe como subordinado, conforme a lo dispuesto en el artículo 92.5º de la Ley Concursal, en relación con el artículo 93, esto es, por ser su titular persona especialmente relacionada con el deudor. La administración concursal no precisó en su informe en cuál de los supuestos de vinculación de los contemplados en el artículo 93 se encontraba la demandante.

3º) No es controvertido que tanto la demandante KO. TEC., S.L.U. como la concursada CU. COM., S.A.U. son sociedades unipersonales, en las que una única persona, L.M.L., ostenta una participación de control de las sociedades tenedoras del 100% del capital social de aquéllas. En concreto, el Sr. L.M.L., a través de distintas sociedades, ostenta el 65% del capital de KO. TEC., S.L.U. y el 79% de CU. COM., S.A.U.

4º) Tanto KO. TEC., S.L.U. como CU. COM., S.A.U. tiene como administradora a la sociedad IBERIAN SERVICES PRIVATE LIMITED, domiciliada en Singapur, que ha designado a la misma persona física como representante, Don A.Z.

La parte actora impugnó la lista por entender que no concurría ninguno de los supuestos del artículo 93.2º de la Ley Concursal. KO. TEC., S.L.U. no es ni ha sido socio, administrador, liquidador o apoderado de CU. COM., S.A.U. Tampoco forma parte del mismo grupo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio.

La administración concursal se opuso a la demanda, al considerar, en contra de lo esgrimido por la actora, que CU. COM., S.A.U. y KO. TEC., S.L.U. forman parte del mismo grupo, al estar vinculadas por un mismo socio, el Sr. L.M.L., que ostenta una posición de dominio en las dos sociedades. Existe, por tanto, unidad de decisión.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras delimitar perfectamente los términos del debate y precisar el concepto de grupo, concluye que actora y demandada forman parte del mismo grupo, denominado AIAC. Existe unidad de decisión en la medida –señala la sentencia apelada- que en la cúspide de ambas sociedades aparece una misma persona que controla la mayoría del capital de las dos sociedades. Esa unidad de decisión se materializa en el hecho de que las sociedades tengan administradores y apoderados comunes.

Aunque la relación entre KO. TEC., S.L.U. y CU. COM., S.A.U. sea de naturaleza horizontal o de control común, el *juez a quo* entiende que la remisión que la disposición adicional sexta de la Ley 38/2011 realiza al artículo 42 del Código de Comercio no excluye en modo alguno las relaciones horizontales. Realiza para ello una interpretación conjunta de los distintos preceptos de la Ley Concursal que se refieren a los grupos de sociedades (artículos 25, 25 bis, 71.3º o 93.2.3º de la Ley Concursal) y, particularmente, del artículo 93.2º, que contempla supuestos de vinculación del acreedor con la concursada, como los administradores y socios, en los que no existe una relación vertical. En definitiva, la sentencia considera que el criterio de subordinación responde a la necesidad de que el entorno más cercano al deudor haya de asumir mayores sacrificios en el concurso.

La sentencia es recurrida por la actora. Denuncia, en primer lugar, que la sentencia vulnera los principios de justicia rogada y congruencia, al apartarse de los criterios de la administración concursal, que defendía la existencia de un grupo vertical en el que KO. TEC., S.L.U. domina a CU. COM., S.A.U..

En cuanto al fondo del asunto, la demandante insiste que es improcedente la subordinación, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la LC, introducida por la Ley 38/2011, hay que estar al concepto de grupo del artículo 42.1 del Código de Comercio, en cuya órbita no puede incluirse el supuesto enjuiciado.

La administración concursal se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

TERCERO.- El deber de congruencia, que la recurrente considera infringido, se resume en la **necesaria**

correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la causa de pedir, y el fallo de la sentencia. La congruencia, como requisito ineludible de la función judicial, está contemplada en términos generales en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Forma parte de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto afecta al principio de contradicción. **Una modificación sustancial de los términos del debate procesal se traduce, lógicamente, en indefensión para las partes.**

En contra de lo esgrimido por la apelante no advertimos, en absoluto, que la sentencia incurra en incongruencia. La actora solicitó que su crédito se reconociera como ordinario y esa pretensión concreta no ha sido acogida. Las sentencias desestimatorias o las absolutorias sólo son incongruentes si se alteran sustancialmente los términos del debate o se rebasan los límites del principio *iura novit curia* para resolver el litigio utilizando argumentos totalmente distintos a los empleados por las partes, causando indefensión. **El hecho de que la administración concursal haya calificado incorrectamente la relación entre las partes y que, el juez, en uso de sus facultades, le haya dado el tratamiento correcto, no implica que haya incurrido en incongruencia. No se ha apartado, en absoluto, de lo sostenido por las partes ni se ha causado indefensión.** Por todo ello debemos desestimar el primero de los motivos de impugnación.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, en nuestra anterior sentencia de 4 de octubre de 2012 (ROJ 11842/2012) analizamos con detalle el concepto de grupo, la evolución legislativa y la eventual aplicación de sus distintas modalidades en sede concursal. Dijimos entonces –y reproducimos ahora para centrar los términos del debate- que **no hay en nuestro ordenamiento una disciplina sistemática sobre los grupos de empresas que establezca un concepto uniforme válido para todos los supuestos, situaciones y efectos que justifican una regulación jurídica de este fenómeno empresarial, quizá porque no se considere aconsejable una regulación general con abstracción del sector en el que ha de operar y de los intereses a proteger en cada caso (trabajadores, acreedores de sociedades dominadas o de la dominante, accionistas externos de unas y otra, derivados de la insolvencia de unas y de otra, impuestos por el orden público económico, a efectos procesales concretos, a efectos fiscales, etc), sino en función del ámbito aplicativo de las leyes sectoriales a las que interesa esta noción y de las específicas finalidades perseguidas con esa regulación.** Ello explica, en principio, un concepto flexible, variable e incluso dinámico del grupo de sociedades, según cual sea el fundamento de la respectiva reacción legislativa y la finalidad que con esa regulación pretenda lograr la correspondiente norma.

De hecho, en nuestro ordenamiento encontramos una **regulación fragmentaria y sectorial, a determinados efectos, si bien es cierto que, por una conveniencia o necesidad de congruencia legislativa, en lo que respecta al concepto de grupo, tras la Ley 16/2007, de 4 de julio, se observa una progresiva confluencia de las leyes especiales hacia la noción de grupo que, a efectos de consolidación de cuentas, acoge el art. 42 del CCom.**

Es común en la doctrina la concepción del grupo de sociedades con base en el criterio de "unidad de decisión" o de dirección unitaria, sin exclusividad en la fuente de ese poder, que puede surgir de una relación de jerarquía o subordinación de una sociedad a otra, porque ésta, por vínculos societarios (de participación social o de otras prerrogativas societarias) tuviere el poder de decisión en los órganos de gobierno (grupos verticales o jerárquicos), o bien de otros vínculos, distintos del control o dominio, tendentes a establecer una unidad económica funcional, con un sustrato de unidad de decisión, conformando una unidad de dirección a través de los órganos de administración.

Este último fenómeno comprendería los grupos horizontales o por coordinación, no estructurados sobre varias sociedades sometidas a dependencia jerárquica, sino sobre la base de una relación de paridad entre las diversas sociedades que se coordinan.

En el ordenamiento jurídico español anterior a la Ley 16/2007, varias normas proporcionaban un concepto de grupo basado en dicho criterio de unidad de decisión, que (como señalaba la STS de 29 de julio de 2005) podía provenir de la subordinación de una o varias sociedades a otra dominante (régimen jerárquico) o bien de vínculos de coordinación (régimen paritario).

Ello explica una **noción de grupo** (que hemos recogido en anteriores sentencias en el ámbito concursal) entendido como **aquella formación empresarial que, sobre la base de unas relaciones determinadas - contractuales, de participación, de directivos comunes- entre varias empresas formalmente independientes, establece una unidad de decisión y aglutina una unidad económica funcional** (es decir, una definición que admite que la unidad de decisión se logre no sólo por **vínculos societarios** sino también por **vínculos de coordinación**, en régimen paritario).

Así, el **art. 42 CCom.**, tras la reforma por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, a los efectos de **consolidación de cuentas**, establecía que **"existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión**. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones...", añadiendo en su apartado 2 que "se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta". **Desde esta concepción, en el marco de la "unidad de decisión" encontraban acogida los grupos por coordinación o grupos paritarios.**

La unidad de decisión era así mismo el factor de articulación del grupo que contemplaba el **art. 4 de la Ley del Mercado de Valores** (anterior a la reforma por Ley 47/2007, de 19 de diciembre): "A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto", aunque, como se ve, esta norma **parecía vincular la unidad de decisión al control de una sociedad sobre otra (grupos jerárquicos).**

No obstante, tras la **reforma del art. 42 CCom** por la Ley 16/2007, de 4 de julio (de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea), se redefine el **concepto de grupo a efectos de consolidación de cuentas, sustituyendo el criterio de la unidad de decisión por el de control societario**. Conforme al nuevo texto legal, existe grupo cuando "una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras", manteniendo seguidamente los mismos supuestos que en la redacción anterior servían para presumir la unidad de decisión, y que ahora son presuntivos de la existencia de control: "En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones":

- a) posea la mayoría de los derechos de voto;
 - b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración;
 - c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto;
 - d) haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración (...);
- añadiendo que, en particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta (...).

La Exposición de Motivos de la referida Ley de reforma, 16/2007, explica en el apartado IV que **"en la nueva redacción del artículo 42 del Código de Comercio ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar. Queda, pues, configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás"**.

Hay que advertir, a partir del texto legal, que para apreciar la situación de control que la norma describe no es necesario que la sociedad dominante sea socio de la/s dominada/s o dependiente/s. Aunque algunos de los supuestos presuntivos de control que la norma recoge (y que evidencian efectivamente una situación de control) implica que **la sociedad dominante tiene participación social en la dependiente, el dominio o control no se hace derivar, exclusivamente, de la participación directa e inmediata en otra sociedad.**

Desde esta concepción, abandonado el criterio de la unidad de decisión y sustituido por el de control o dominación societaria como elemento determinante de la existencia de grupo, quedarían excluidos del concepto los grupos paritarios, de modo que la obligación de consolidación de cuentas únicamente afecta a la sociedad dominante de un grupo vertical o jerárquico.

Así, a la vista de este nuevo panorama normativo, la STS de 24 de noviembre de 2011 interpreta que tras la Ley 62/2003 (antigua redacción del art. 42 CCom., ya expuesta, basada en el criterio de la unidad de decisión), era impuesta la obligación de consolidar cuentas <<no sólo en los llamados grupos verticales o de subordinación, sino también en los denominados grupos horizontales o de coordinación cuando, aunque no existiesen participaciones de unas sociedades en otras del grupo, existía "unidad de decisión">>. Pero - prosigue esta STS-, en la nueva redacción del art. 42 CCom., tras la reforma por la Ley 16/2007, tal como indica su Exposición de Motivos, <<ya no se hace referencia al concepto de unidad de decisión como determinante de la obligación de consolidar, ya que (Exposición de Motivos) "queda pues configurado el grupo a efectos de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados como aquellas situaciones en las que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control sobre las demás">>.

Tras esta reforma del art. 42 CCom., el art. 4 LMV fue a su vez reformado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, para adaptar el concepto de grupo, a los efectos de la LMV, al nuevo art. 42 CCom. De igual manera, otras leyes a las que interesaba el fenómeno grupal a sus respectivos efectos, adoptaron el mismo criterio, con remisión al art. 42 CCom. (así, el art. 18 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital, RDL 1/2010; el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, RDL 4/2004, arts. 11.4.b, 16.3.l, 21, 89.3.b, 90, 107.2.a).

Y finalmente también la Ley Concursal, tras su reforma por la Ley 38/2011, que introduce en la LC la disposición adicional sexta para establecer que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio".

QUINTO.- Con anterioridad a la nueva disposición adicional sexta y en relación con el artículo 93.2.3º de la Ley Concursal habíamos mantenido que el concepto de grupo debe delimitarse en función del fundamento y finalidad de la norma, superando nociones legales establecidas a otros efectos, fundamentalmente contables, por lo que, en sede de clasificación de crédito, debían incluirse no sólo los grupos verticales sino también los horizontales, en los que la unidad de decisión es fruto de una coordinación voluntaria.

Sin embargo, ya en la sentencia transcrita de 4 de octubre de 2012 anunciamos que dicho criterio iba a ser revisado tras la entrada en vigor de la disposición adicional sexta introducida por la Ley 38/2011, que no era de aplicación al supuesto allí enjuiciado por razones de índole temporal. El Legislador ha querido poner fin a las distintas interpretaciones que en la práctica concursal se venían ofreciendo sobre el concepto de grupo, optando por una de ellas. Al establecer en esa disposición que, "a los efectos de esta Ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio", está excluyendo de su ámbito de aplicación a los grupos horizontales, paritarios o por coordinación que se asientan en la idea de unidad de decisión.

En el presente caso, como señala la sentencia apelada, la relación entre las sociedades en litigio es horizontal. Las dos sociedades están participadas por un accionista mayoritario y comparten órgano de administración. No existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada. Tampoco concurre ninguno de los supuestos del artículo 42. En consecuencia, dado que con el único concepto con el que podemos operar es el de grupo de dominio o por control, en los que exista obligación legal de consolidar las cuentas, debemos estimar el recurso.

No es posible, a nuestro entender, la interpretación extensiva que realiza la sentencia de instancia, máxime atendido el carácter sancionador de las normas sobre subordinación de créditos. Ciertamente, los artículos 25, 25 bis, 71.3º y 93.2.3º, cuando aluden a grupos de sociedades por distintos motivos, no excluyen las relaciones horizontales. Sí lo hace, sin embargo, la disposición

adicional sexta, que es aplicable a todos ellos.

Tampoco aceptamos recurrir a criterios teleológicos o finalistas de interpretación, cuando estimamos que la **interpretación literal no ofrece dudas**. Se sostiene, en este sentido, y será objeto de un voto particular discrepante, **una interpretación de grupo societario, compatible con el tenor literal del artículo 42 del Código de Comercio y más acorde con el espíritu y la finalidad de la norma, que gravita sobre el concepto de control directo o indirecto ejercido por un tercero**. Debemos recordar, a estos efectos, que la situación de control la ejerce en el presente caso una persona física, L.M.L., por lo que no consta que ninguna de las personas o sociedades integrantes de ese grupo en sentido más amplio haya consolidado cuentas. Tampoco, lógicamente, las dos sociedades enfrentadas en este procedimiento.

Por todo ello debemos revocar parcialmente la sentencia de instancia, ordenando se incluya el crédito de la apelante como ordinario.

SEXTO.- Al estimarse el recurso, no se imponen las costas de esta instancia conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Voto particular que formula el magistrado Juan F. Garnica Martín

ALCANCE DE MI DISCREPANCIA

1. Discrepo del parecer expresado por la mayoría tanto en el signo de la decisión, que estimo que hubiera debido ser desestimatorio del recurso, como en su fundamentación. Acepto los tres primeros fundamentos y discrepo de los tres últimos. Particularmente, mi discrepancia se centra en el concepto de grupo que acoge la mayoría, que le lleva a estimar que no existe grupo entre dos sociedades respecto de las que está acreditado que una misma persona física ejerce el control directo, apreciando que no existe entre ellas una relación de jerarquía.

2. Acepto que la interpretación de las normas sobre subordinación de créditos debe ser de interpretación estricta y que, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que en su disposición adicional sexta expresa que "a los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio", se ha producido un importante cambio legislativo cuya incidencia obliga a no considerar grupo a efectos concursales los llamados grupos horizontales o por coordinación.

3. Pero no comparto la interpretación que la mayoría hace de lo que es un grupo paritario, horizontal o por coordinación, esto es, el alcance de la exclusión que es consecuencia de la remisión legal al artículo 42.1 CCom, que le lleva a excluir la existencia de grupo por el solo hecho de no concurrir entre las dos sociedades la situación de control, a pesar de que sea indudable que la misma exista y se ejercite por un tercero.

4. El fondo de nuestra discrepancia procede de cómo conceptualizar el grupo. Para la mayoría el concepto de grupo debe coincidir estrictamente con el alcance legal de la obligación de consolidar cuentas que delimita el artículo 42.1 CCom, de manera que no existe grupo de sociedades entre aquellos sujetos de derechos y obligaciones entre los que no existe el referido deber legal de consolidación de las cuentas.

En mi opinión, en cambio, la interpretación del concepto de grupo societario del artículo 42.1 CCom, aplicable a efectos de la subordinación de los créditos en el concurso, no puede ser tan restringido como ha estimado la mayoría, con resultados que prácticamente vacían de contenido las normas sobre grupos de sociedades y empresas en el concurso. Mi interpretación del sentido de la remisión que la LC efectúa al artículo 42.1 CCom es distinto y no creo que propugne una interpretación extensiva de la norma sino exclusivamente una interpretación más ajustada a la misma. En mi opinión se trata de una remisión a los principios que el artículo 42.1 CCom consagra, particularmente a la idea de control directo o indirecto, pero no a todo el contenido de esa norma, que regula cuestiones muy distintas a las propias del concurso, razón por la que contiene exigencias extrañas a las propias del concepto de grupo en el

concurso o bien a efectos de otras instituciones jurídicas.

RAZONES JURÍDICAS EN LAS QUE FUNDO MI DISCREPANCIA

Sentido de la remisión que efectúa la Ley Concursal al artículo 42.1 CCom

5. La interpretación que hace la mayoría no creo que sea ajustada ni al contenido literal de la norma ni tampoco a su espíritu o finalidad. El artículo 3.1 del Código Civil dice que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras y atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. En el supuesto objeto de consideración, aunque en algún punto la interpretación de la mayoría pueda parecer acorde con el elemento gramatical de la norma creo que no lo es con su espíritu y finalidad, razón por la que **debe hacerse una interpretación que vaya más allá de la simple literalidad y preserve la finalidad de las normas.**

La interpretación lógica

6. Es cierto que el artículo 42 CCom se ha convertido en nuestro ordenamiento en la norma de referencia para definir lo que debe ser entendido como grupo, aunque no constituya la norma única de nuestro ordenamiento en la materia, ya que existen particularidades muy notables en el ámbito de la legislación de cooperativas y en el ámbito de la legislación tributaria o de la jurisprudencia en materia social. Y creo que ha sido un acierto que la legislación concursal se remita a la norma que puede considerarse común en la materia. Cosa distinta es que esa remisión tenga el sentido que propone la mayoría.

7. No puede perderse de vista que el artículo 42 CCom no pretende ofrecer un concepto unitario y universal de grupo en nuestro derecho sino que persigue una finalidad mucho más modesta, definir entre qué sujetos existe el deber de consolidación contable. Es cierto que, para cumplir ese propósito, la norma fija cuál es el criterio que debe permitir apreciar cuándo concurre "grupo de sociedades", si bien no todos los datos que utiliza tienen la misma relevancia desde la perspectiva de descubrir cuál es el concepto legal de grupo que acoge el legislador.

8. En mi opinión, y aquí se encuentra mi primera gran discrepancia con el criterio mayoritario, una parte del contenido del artículo 42.1 CCom, no puede ser tomada en consideración a la hora de determinar cuál es el concepto de grupo a efectos distintos del de consolidación de las cuentas. Así creo que sucede con la referencia a "(t)oda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas". Esa mención no forma parte del concepto sino que pretende algo distinto, lo que la doctrina denomina como la determinación del "perímetro de consolidación", es decir, la determinación de qué sociedades están obligadas a consolidar sus cuentas para ofrecer una imagen fiel de su contabilidad.

9. La propia estructura de la norma así lo indica y por eso considero que no es acertado tomar la remisión a ella que efectúa la LC en sentido literal, esto es, comprensivo de todo su contenido sino que se debe excluir del mismo aquella parte que es específica de la obligación legal que el legislador trata de delimitar. La norma tiene dos párrafos separados por un punto y aparte. Por tanto, se trata de dos párrafos con distinto contenido que no podemos mezclar en la interpretación del precepto. El primero de ellos define lo que hemos denominado como "perímetro de consolidación" y el segundo es el que afronta el concepto de grupo. De esos dos párrafos sólo el segundo es relevante para definir lo que debe entenderse como grupo de sociedades en nuestro derecho.

La interpretación gramatical

10. El párrafo segundo establece lo siguiente: <<Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones ...>>.

También en este párrafo el legislador emplea dos proposiciones distintas, dos oraciones claramente diferenciadas, aunque en este caso separadas por un punto y seguido. En la primera de ellas es donde

se establece propiamente el concepto de grupo. La segunda es una concreción de la primera, tal y como se indica con la expresión que la encabeza "en particular". Pero se trata de una concreción que no limita el contenido de la primera proposición sino que exclusivamente lo particulariza por medio de la descripción de una serie de situaciones en las que el legislador expresa que debe presumirse que existe grupo. Es decir, que el empleo de la expresión "en particular" es indicativo de que el contenido del concepto de grupo que antecede a su empleo es más amplio de lo que se trata de definir en la frase en la que esa expresión se emplea.

11. Lo que trato de decir con ello es que, para que pueda ser apreciada la existencia de grupo entre dos sociedades no es indispensable que una de ellas tenga el carácter de sociedad dominante. Esto es, si bien el concepto de grupo exige una relación de dominio, grupo no solo existe entre dominante y dominada sino que el concepto de grupo debe predicarse de todo aquel conjunto de sociedades, sea cualquiera el número de miembros que lo integre, entre los cuales existe la situación de dominio o control directo o indirecto. Por tanto, no puedo aceptar el criterio de la mayoría, para quien grupo solo existe entre una sociedad dominante y otra dominada, de forma que todos los grupos están constituidos, por esa circunstancia, de únicamente dos sociedades. Y de manera que en un supuesto de "grupo" en el que existan varias dominadas, para la mayoría existían tantas situaciones de grupo distintas como sociedades dominadas tenga el grupo. Nunca, por consiguiente, podría apreciarse la existencia de grupo entre sociedades dominadas.

La interpretación sistemática

12. Esa idea, que reduce hasta el extremo de lo ridículo el concepto de grupo, no solo no se deriva de la interpretación literal del artículo 42.1 CCom sino que está explícitamente desmentida por el artículo 42.3 CCom cuando establece que *<<(l)a sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social>>*.

Es el propio legislador el que, incluso a efectos de la consolidación de las cuentas, no limita el perímetro de la consolidación a la relación <<dominante-dominada>> sino que lo extiende a todo el ámbito al que se extiende la relación de control directo o indirecto. Y la inclusión alcanza no solo a todas las sociedades dominadas por la matriz sino incluso a las dominadas de segundo grado, esto es, a las sociedades dominadas a su vez por otras dominadas por la matriz.

13. Aunque la Ley Concursal solo se remita al artículo 42.1 CCom y no lo haga al artículo 42.3, no parece que aquella norma pueda ser interpretada de espaldas a ésta cuando guardan una relación tan estrecha como la que se deduce de su propio contenido.

14. En suma, lo que dentro del artículo 42.1 CCom tiene vocación de universalidad es exclusivamente el criterio que el legislador acoge para determinar cuándo existe en nuestro derecho grupo de sociedades o empresas. Así se puede comprobar si se acude a otros textos que han definido el grupo en nuestro derecho, como por ejemplo el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores. Y lo mismo cabría decir del artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, en el que se establece la que posiblemente siga siendo la mejor definición de grupo en nuestro ordenamiento: *<<Se entiende por grupo cooperativo, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades>>*.

15. Por consiguiente, en mi opinión, discrepante de la mayoritaria, con lo que nos hemos de quedar, del total contenido del artículo 42.1 CCom, es con la idea de que el concepto de grupo que el legislador acoge exige que exista un conjunto de sociedades que actúan en el mercado bajo el control directo o indirecto de otra. Lo relevante, por tanto, para determinar cuándo existe grupo, es exclusivamente el criterio legal del control, real o potencial, directo o indirecto.

16. Es esa idea de control la única que toma en consideración, al menos de forma explícita, el artículo 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando extiende la responsabilidad por las conductas ilícitas en las que hubiera podido incurrir una empresa a aquellas otras que las controlan (*A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas*). Y si consideramos que también el artículo 7.2 de la propia Ley se remite al artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, que a su vez remite al 42.1 CCom, la conclusión no puede ser la de estimar que también a estos efectos la remisión es *in totum*, es decir, a un concepto de grupo de carácter formal o contable, absolutamente inadecuado en la interpretación y aplicación de las normas sobre la defensa de la competencia.

No es ése mi parecer. En mi opinión, y ésta es la única razón por la que hago referencia a este marco normativo, la remisión que se efectúa en la Ley de Defensa de la Competencia es exclusivamente a la idea de control como parámetro en torno al cual se determina el concepto de grupo, razón por la que puede considerarse que existe un paralelismo con la remisión que efectúa la Ley Concursal.

El grupo en el concurso como un concepto funcional y no formal o estático

17. En otros términos se podría hacer referencia a esa misma idea que hemos expresado en los apartados anteriores diciendo que el concepto de grupo que resulta de la interpretación del artículo 42.1 no es un concepto formal y estático, inadecuado para definir lo que constituye un grupo ni siquiera a efectos de la consolidación de las cuentas y menos aún a los efectos concursales.

18. El grupo es algo dinámico, funcional, que gira en torno a una idea que responde a ese carácter, la idea del control directo o indirecto. Por ello creo que el concepto de grupo que debemos deducir del artículo 42.1 CCom debe ser mucho más que un mero concepto formal y estático para erigirse en un concepto jurídico y económico que dé respuesta adecuada a las diversas situaciones que el legislador ha tomado en consideración para apreciar la relevancia de ese concepto en los diversos ámbitos en los que le reconoce eficacia jurídica. En suma, y como tuvimos ocasión de decir en nuestra Sentencia de de 24 de febrero de 2011, **la existencia de grupo es una cuestión de hecho, ya que será preciso analizar en cada caso si existe la relación de control que exige la existencia de grupo. Y el parámetro esencial a tomar en consideración es de carácter económico**, ya que el control se traduce, por lo común, en un "control económico", que permita a una sociedad ejercer su influencia de forma decisiva sobre otra u otras.

19. No existe una verdadera contraposición entre el concepto de grupo que expresa en su actual redacción el artículo 42.1 CCom, tras la reforma operada por Ley 16/2007, de 4 de julio, que gira en torno a la idea de el control directo o indirecto, y el concepto que expresaba su redacción original, en torno a la idea de unidad de dirección. Tanto en una como en otra redacción la idea del dominio constituye el eje del concepto legal y difieren únicamente en la forma a través de la cual el mismo se puede deducir o presumir que se ha producido. Por tanto, tanto antes como ahora, es un concepto económico y de hecho, el dominio, lo que constituye la justificación de la existencia de grupo para el legislador. Y la referencia al control, en lugar de la unidad de decisión, más bien pretendió ampliar el concepto de grupo que reducirlo, al no exigir siquiera que la sociedad dominante sea socia de la dominada para que exista grupo.

Interpretación teleológica

20. Una interpretación teleológica, que atienda al fin que pretenden tutelar las normas creo que conduce a las mismas conclusiones. La regulación del fenómeno de los grupos, aun siendo tan fragmentaria como es en nuestro derecho, pretende ofrecer soluciones a determinados abusos que puede comportar la personificación. El grupo no es en sí mismo una situación que nuestro ordenamiento persiga como algo indeseable sino que constituye exclusivamente una ocasión de riesgo de abuso de la personificación, razón por que la norma esencial en la materia, el artículo 42 CCom, persigue esencialmente publicitar la situación de grupo y establecer normas de consolidación contable que eviten que pueda resultar distorsionada la imagen fiel de las cuentas anuales presentadas singularmente por cada una de las sociedades que lo integran.

En suma, lo que se pretende es proteger el mercado y a quienes operan en él, permitiéndoles conocer la verdadera situación patrimonial de las sociedades con quienes contratan.

21. Por consiguiente, si el artículo 42 CCom persigue proteger a los terceros con quienes contratan las sociedades que integran un grupo, parece razonable que ese carácter tuitivo deba ser encomendado a normas que de alguna forma pueden ser consideradas imperativas, esto es, normas realmente vinculantes, de forma que no esté a disposición de los interesados decidir si las quieren cumplir o no. Y lo mismo podríamos decir de la mayor parte de normas que en el ámbito de la Ley concursal hacen referencia a los grupos societarios: son normas que tienen en común que pretenden tutelar los derechos de aquellos con quienes contratan las sociedades que integran el grupo. Y, en cuanto concierne a la subordinación de los créditos, podríamos añadir que se trata de una norma que consagra una solución legislativa a uno de los abusos de la forma societaria más frecuentes en nuestro ordenamiento, el de la infracapitalización, que restringe de forma notable la garantía de los derechos de los acreedores.

22. Pues bien, esa finalidad tuitiva de los derechos de los acreedores que tienen las escasas normas que regulan el fenómeno de los grupos de empresas en nuestro derecho puede resultar defraudada si los jueces hacemos una interpretación de las normas reguladoras del grupo tan reduccionista de su alcance como la que propone la mayoría. Si la interpretación lógica, sistemática y gramatical no sustenta esa interpretación tan estrecha, menos aún lo hace la teleológica, dado que el criterio mayoritario puede comportar una práctica desaparición de la escasa protección que brindan a los terceros esas escasas normas que regulan en nuestro derecho el fenómeno de los grupos. Bastaría colocar en la cabecera una persona física o basta que quien financie no sea la matriz sino otra dominada para que no exista grupo y, por consiguiente, para que no exista protección a los terceros. Por consiguiente, con una interpretación así, se están dando extraordinarias facilidades a quienes pretendan evitar la aplicación de tales normas imperativas, se está incluso incitando a ello y se está permitiendo que su aplicación quede reservada únicamente a los poco informados.

23. Si analizamos el origen de los créditos que el juzgado mercantil, siguiendo la calificación previamente propuesta por la AC, ha considerado subordinados, advertimos que es el siguiente: (i) la cantidad de 888.770,19 euros corresponde a un préstamo otorgado a la concursada por su sociedad hermana (KO. TEC., S.L.U.); y (ii) los otros 1.499.940 euros corresponden a importe de alquileres derivados de un contrato de arrendamiento de maquinaria suscrito entre ambas sociedades. Ambos son créditos cuya existencia, particularmente por su importe, es típica de una situación de grupo de sociedades, donde la financiación de la concursada se ha llevado a cabo no con sus propios recursos sino con recursos ajenos, con la colaboración del grupo, lo que no se traduce necesariamente en la de la matriz sino también la de otras filiales mejor capitalizadas. Creo, por tanto, que es la situación típica que el legislador tomó en consideración en la Ley Concursal para subordinar el crédito al amparo del artículo 93.2, 3.º LC, razón por la que fue acertada la decisión del juzgado mercantil de mantener la subordinación.

Consecuencias derivadas de esa conceptualización del grupo

24. En mi opinión, discrepante de la de la mayoría de la Sala, lo que debemos interpretar, atendiendo a la finalidad de la norma, tanto del artículo 42.1 CCom como de las normas concursales relativas a los grupos, es que existirá grupo allá donde se produzca una situación de dominio entre dos o más sociedades que pueda ser relevante a los efectos que el legislador toma en consideración cuando hace referencia a los grupos de sociedades, esto es, tanto a efectos de la consolidación de las cuentas como a todos los demás efectos que el legislador se refiere a los grupos, entre ellos la subordinación de los créditos en el concurso.

25. Quedarán fuera del concepto los grupos horizontales o paritarios, pero no entendidos como lo ha hecho la mayoría, esto es, incluyendo en ellos a las sociedades dominadas. En mi opinión únicamente deben quedar fuera aquellos grupos por coordinación, esto es, los grupos en los cuales no exista una situación de dominio ejercida por alguien que ostente el control sobre las diversas sociedades que lo integran sino en las que su actuación como grupo obedezca a razones distintas

de la idea de control.

26. No comparto que no exista grupo entre dos sociedades filiales, a pesar de que cada una de ellas estuviera obligada a consolidar cuentas con una misma matriz, como creo que ha querido expresar la mayoría en su argumentación. Es cierto que ésa parece una consecuencia lógica de la línea argumentativa seguida; no obstante, en mi opinión constituye más bien un argumento que desacredita el acierto del criterio seguido por la mayoría porque conduce al absurdo de compartimentar el concepto de grupo para estimar que únicamente concurre entre la sociedad dominante y la dominada que consolidan. Insisto, creo que este dato, que ha estado presente en el debate en la sala, es revelador de los efectos perturbadores que pueden ser consecuencia de la tesis seguida por la mayoría. Y ante ello creo que no cabe decir que ése es el criterio del legislador cuando no es nada evidente que sea así.

27. También creo que el concepto de grupo sigue siendo un **concepto de hecho, esto es, un concepto abierto, que podrá apreciarse que existe siempre que existan datos fácticos que permitan concluir a la administración concursal o al juez que concurre la situación de control que describe con precisión el artículo 42.1 Ccom. Por tanto, no un concepto formal o cerrado, apegado a la existencia o no de consolidación de cuentas.**

Control por persona física

28. También considero que **el concepto de grupo que resulta del artículo 42.1 CCom no exige que la situación de control la ostente una sociedad dominante sino que también admite que la pueda ostentar una persona física, como en el supuesto enjuiciado ocurre.** Aun aceptando que ésta es una cuestión que genera muchas dudas, creo que lo más razonable es interpretarlo así, pues en otro caso se deja a la completa disposición de los sujetos el cumplimiento o incumplimiento de las normas sobre grupos. El artículo 42.6 CCom creo que ofrece un argumento muy sólido en apoyo de esa posición cuando establece: *<<(l)o dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo>>.*

29. Es el propio legislador el que admite que la cabecera la puede ocupar una persona física en lugar de otra sociedad y eso explica que no resulte infrecuente que el legislador use de forma indistinta las expresiones "grupo societario" y la de "grupo de empresas".

30. Por todo ello considero que no es que la resolución recurrida haga una interpretación extensiva del concepto de grupo, para aplicarlo en un ámbito en el que la interpretación no puede tener ese carácter, sino que es la **interpretación que hace nuestra resolución la que reduce de forma inadmisiblemente el concepto de grupo llegando a consecuencias indeseadas y que creo que no están amparadas por nuestro ordenamiento.**

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia 285/2012, de 26 de Julio de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Efectos de la resolución de un contrato de franquicia. Ante un **contrato con obligaciones recíprocas no resuelto** al tiempo de declararse el concurso, de conformidad con el artículo 62.4 LC procede acordar la resolución por incumplimiento de ambas partes y, de ser el **incumplimiento anterior** a la declaración de concurso, considerar que los créditos resultantes de la resolución son, en todo caso, **concursoales**

(artículos 89.3 y 84.2.6 LC) y que es viable su **compensación** (art. 58 LC).

Por otro lado, cuando no se ha producido el riesgo garantizado por un aval debe acogerse la **pretensión de liberación total del aval bancario** o, si ya se hubiera ejecutado indebidamente, de entrega de su importe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *Primera demanda incidental.* En la demanda de 29 de junio de 2009, que dio lugar al primero de los incidentes concursales acumulados, de resolución de contrato, la Sra. S.M.L. exponía que, el 16 de febrero de 2005, había firmado con la hoy concursada LEM. CAR., S.A. un contrato de franquicia, en que la demandante actuaba como franquiciada, con carácter de exclusividad geográfica en el Barrio de Santutxu de Bilbao, por el plazo de cinco años y con tácita reconducción por campañas o temporadas de ventas.

La demandante afirmaba que LEM. CAR., S.A. había incumplido sus obligaciones contractuales de suministro de prendas desde la campaña anterior y las estaba incumpliendo en la actualidad, mientras que la actora había cumplido íntegramente las obligaciones a su cargo. Como consecuencia de ello, la demandante solicitaba:

1. La resolución del contrato de franquicia, por incumplimiento de la concursada, y, subsidiariamente, por imposibilidad de cumplimiento de la concursada.

2. La indemnización de los daños y perjuicios causados a la demandante, que cifraba en 2.000 euros, aproximadamente.

3. La devolución del depósito dado en garantía, que asciende a 21.800 euros, con cargo a la masa y como crédito contra la masa y, por tanto, abonado conforme al artículo 154 de la Ley concursal (LC). Subsidiariamente, se pedía que este depósito se considerara un crédito con privilegio general y, más subsidiariamente, crédito ordinario.

4. La revocación y cancelación del aval a primer requerimiento prestado por la Caja L.P. Cooperativa de Crédito, que asciende a 12.000 euros, retenido por la citada entidad crediticia a favor de la actora incidental en calidad de avalada.

2. *Segunda demanda incidental.* El segundo de los incidentes acumulados, número 1151/2009, iniciado por demanda de la Sra. S.M.L. de 30 de noviembre de 2009, impugnaba la lista de acreedores del concurso de LEM. CAR., S.A. solicitaba: 1) que se considerara crédito contra la masa el crédito de la actora incidental por importe de 23.800 euros (21.800 euros, en concepto de devolución de depósito y 2.000 euros como indemnización de daños); 2) subsidiariamente, para el supuesto de que no se reconociera la indemnización por daños, se acordara la devolución del depósito de 21.800 euros, como crédito contra la masa; 3) subsidiariamente, que se considerara un crédito con privilegio general de 23.800 euros, 4) más subsidiariamente, que se considerara como crédito ordinario el de 23.800 euros y 5) en última instancia, que se considerara el crédito de 21.800 euros, crédito ordinario.

También subsidiariamente se pedía que, dado el escaso valor del mobiliario en poder de la demandante, muy inferior al coste de su transporte desde Bilbao, se detrajera su valor de la cantidad de 21.800 euros. Finalmente, reiteraba la solicitud de liberación del aval por 12.000 euros de la Caja L.P.

3. *Posición de la concursada y de la administración concursal.* Tal como expone la sentencia del juzgado, la administración concursal (en adelante, AC) y LEM. CAR., S.A. negaron el incumplimiento de la concursada y atribuyeron el incumplimiento a la demandante incidental. Concretamente, la concursada alegaba una deuda por facturas impagadas por importe de 4.255,45 euros, la falta de devolución de prendas por importe de 11.773,86 euros (18.113,64 euros x 65%) y falta de devolución de los muebles

propiedad de la concursada. Por ello, solicitaron la desestimación de la demanda, sin reconocimiento de cantidad alguna.

4. *Sentencia del juzgado mercantil.* La sentencia del juzgado consideró acreditado el incumplimiento de LEM. CAR., S.A., consistente en la falta de entrega de género, que motivó el burofax de la Sra. S.M.L. de 24 de noviembre de 2008. Se trata de un incumplimiento anterior al concurso, declarado el 19 de mayo de 2009.

La Sra. magistrada aprecia también un incumplimiento de parte de la demandante incidental, consistente en: i) la deuda de la Sra. S.M.L., por facturas impagadas, por importe de 4.255,45 euros, conforme a los documentos, que especificaba, obrantes en el incidente; ii) la deuda de la demandante por la falta de devolución de las prendas, deuda que, a partir de las pruebas documental y testifical del juicio, la juez considera cuantificada correctamente en 11.773,86 euros; y iii) la falta de devolución de los muebles de la tienda, que incumbía a la franquiciada, según la cláusula 13 del contrato; la juez exponía que no había sido posible la valoración de los muebles, pero que constaba su valor al tiempo de la colocación, el 16 de febrero de 2005, 23.524,80 euros, por lo que cifraba en la mitad (11.762,40 euros) el importe adeudado por la Sra. S.M.L.

Por considerar que se trataba de un contrato con obligaciones recíprocas no resuelto al tiempo de declararse el concurso, y de conformidad con el artículo 62.4 LC, la Sra. magistrada acordó la resolución por incumplimiento de ambas partes y, al ser el incumplimiento anterior a la declaración de concurso, consideró que los créditos resultantes de la resolución serían, en todo caso, concursales (artículos 89.3 y 84.2.6 LC). Se aplicaron las previsiones de la cláusula 13 del contrato de franquicia y se fijó el importe total de las obligaciones a cargo de la Sra. S.M.L. en 27.791,71 euros. Atendido el importe de la fianza y el aval prestados en su día por la franquiciada (21.800 euros y 12.000 euros, respectivamente), la sentencia reconoció a favor de la actora incidental la suma de 6.008,29 euros, derivada de la resolución del contrato. Estableció que la concursada pudiera hacer suya la fianza y ejecutar el aval y denegó la indemnización de daños que la actora cuantificaba en 2.000 euros, por falta de prueba.

5. *Facturas adeudadas por los géneros suministrados.* Contra la sentencia del juzgado apela la demandante incidental. En su recurso, alega error en los conceptos y las cuantías computados en la sentencia.

i) No cuestiona el importe de las facturas adeudadas, de 4.255,45 euros, ya que solamente aduce una diferencia de 533 euros que afirma asumir por su reducido importe.

ii) Alega error en la partida de género no devuelto (cuantificada por el juzgado en 11.773,86 euros). No admite tal concepto, porque afirma que la totalidad de género entregado por la concursada está facturado, sin que se haya probado la existencia de género entregado y no facturado, prueba que estaría a cargo de la concursada. Según la parte apelante, pese a lo que sostiene la sentencia, mediante la testifical practicada, no se ha acreditado la deuda ni menos en la cantidad que se alega, inverosímil, a su juicio, para una pequeña tienda de Bilbao.

La sentencia del juzgado considera probado, por la declaración de la testigo Sra. Sabater, que quedaron en poder de la demandante incidental Sra. S.M.L. entre 1500 y 2000 prendas, valoradas en más de 10.000 euros. Por ello estima acertada la valoración dada por la concursada, de 11.773,86 euros (18.113,64 euros x 65 %, porcentaje éste que correspondería a la concursada) y razona que así lo confirman los albaranes aportados por la concursada como documentos 19 a 31.

De acuerdo con la copia del contrato de franquicia aportada con la demanda incidental, hemos de considerar probado que se pactó entre las partes que, al inicio de cada temporada, LEM. CAR., S.A. suministraría a la franquiciada las colecciones de prendas y artículos que ésta debería exponer y almacenar para su venta. Una vez finalizada la temporada, la franquiciadora debía dar las instrucciones para que la franquiciada procediera a su liquidación o, en su caso, a la devolución de la mercancía sobrante. La dinámica pactada no se ajustaría, pues, a la que da a entender la demandante incidental, ya que la facturación no tendría lugar, como parece alegar, en el momento de entrega de la mercancía a la franquiciada, sino posteriormente, finalizada la temporada y a la vista de los resultados de las ventas.

Cuestión diferente es la relativa a la prueba del volumen exacto de género que quedó en poder de la Sra. S.M.L. La declaración testifical de la Sra. S., que fue empleada de LEM. CAR., S.A., no aporta suficiente información. La testigo dice no recordar con exactitud los datos (ha transcurrido un año) y ante la

insistencia del letrado que la interroga, aventura que la actora *podría* haberse quedado con prendas que *podrían* valer más de 10.000 euros.

Más eficacia ha de reconocerse a los albaranes aportados por la concursada, acreditativos de las últimas entregas a la franquiciada. La Sra. S.M.L. no desvirtúa mediante ninguna otra prueba las entregas que acreditan esos albaranes ni los precios que en ellos constan de los géneros entregados. Sin embargo, sumados los importes de los albaranes de entrega aportados a los autos, el total no asciende a 18.113,64, como afirma la concursada y como da por bueno, acriticamente, la AC, sino solamente a 13.528,14 euros. Aplicado el porcentaje que correspondería a la franquiciadora –del 65 %, no lo niega la actora y resulta del pacto 6º del contrato de franquicia- el importe de la deuda a cargo de la Sra. S.M.L. por este concepto es de 8.793,29 euros.

En cuanto a las alegaciones de la parte actora en este punto y su fiabilidad, no podemos dejar de considerar que, en su demanda de resolución, omite cualquier referencia a la existencia de una deuda por su parte, pese a que más tarde reconoce deber, cuando menos, facturas por importe de 4.255 euros (menos 533 euros), importe que hubiera debido reconocer en la demanda para deducirlo ya entonces de su reclamación. Lo mismo cabe decir de su demanda del incidente acumulado de impugnación de la lista de acreedores, en que la Sra. S.M.L. niega abiertamente que exista el crédito de 4.259 euros, que luego reconocerá.

Por tanto, el recurso de apelación se estima en este punto solamente en el sentido de reducir a 8.793,29 euros el importe que se considera adeudado por la actora por este concepto, atendido el exceso, en la primera instancia, del cómputo del importe de las mercancías que se acreditan entregadas.

6. *Sobre los muebles prestados.* iii) La siguiente partida a la que se opone la Sra. S.M.L. es la relativa a los muebles de la tienda. Según la sentencia, aunque no consta su valor actual, sí consta el que tenían a la fecha de instalación, 23.524,80 euros. Se establece en la mitad de dicha suma (11.762,40 euros) el importe debido por la franquiciada por este concepto.

La recurrente, sin embargo, observa que esa suma tenida en cuenta en la sentencia se extrae del documento 3 de la demanda, titulado “presupuesto tienda”, de 16 de febrero de 2005, y no corresponde al importe de los muebles sino a unos conceptos distintos. Efectivamente, examinado el documento, resulta que los conceptos facturados –y pagados en su día por la Sra. S.M.L.- por importe de 23.524,80 euros son: diseño de decoración y distribución de módulos hechos a medida; instalación de todo el mobiliario y demás objetos de decoración, así como el montaje de la instalación eléctrica del mobiliario; transporte, gastos de viaje y dietas, diferentes materiales de decoración tales como soportes de metacrilato para precios, perchas, bolsas, tarjetas, tampón dirección tienda; kit Pentium, T PV teclado, T PVcajón, monitor, impresora, Cd Rom, lector código de barras; colocación de todas las prendas así como todo el escaparatismo, puesta en funcionamiento del T PV e inicio de la venta.

Es decir, en ese documento 3 no se facturan los muebles, sino que se factura, junto a otros conceptos, la instalación de los muebles en la tienda. Por otra parte, como pone de relieve la parte apelante, ese importe de 23.524,80 euros se carga a la Sra. S.M.L. Por tanto, como denuncia la recurrente, carecería de sentido que la actora, tras pagar 23.524,80 euros por los muebles al inicio de la relación contractual, tuviera que pagarlos ahora de nuevo. Además, resultaría contradictorio con el clausulado del contrato de franquicia, con arreglo al cual, LEM. CAR., S.A. suministrará el mobiliario en concepto de comodato, con obligación de restituirlo al término de este contrato (pacto tercero, I).

No se ha probado, pues, ni aproximadamente, el importe del mobiliario de la concursada en poder de la demandante. La proposición por la actora de una prueba pericial para la valoración de los muebles fue rechazada por el juzgado, que desestimó el recurso de reposición contra la denegación y fue denegada también en la segunda instancia, por la falta de indicación del supuesto legal que autorizaba la práctica de la prueba en apelación. La AC se opuso a la petición de pericial, por considerar que provocaría retrasos innecesarios en el procedimiento.

En realidad, conforme a las reglas generales, recaía sobre la concursada la carga de probar el importe de la deuda de la franquiciada por el mobiliario, ya que es la concursada quien invoca ese crédito. Además, fue la concursada quien, en su día, adquirió –o fabricó- los muebles y los suministró a la franquiciada, por lo que también le asistía la facilidad probatoria, por la disponibilidad de los documentos correspondientes. La falta de esa prueba, con oposición incluso a los intentos de la otra parte por obtenerla, determina que debamos acoger el recurso en este punto y desestimar el importe establecido por los muebles.

7. *Crédito a favor de la demandante incidental por la suma depositada como garantía.* Lo expuesto conduce a establecer la deuda de la demandante incidental en la suma de 13.048,74 euros (en lugar de los 27.791,71 euros fijados por el juzgado mercantil).

No se ha cuestionado que la demandante incidental entregó a la concursada, al celebrar el contrato de franquicia, la suma de 21.800 euros, en concepto de fianza, para garantizar las obligaciones que contraía con la otra parte (pacto 12º del contrato de franquicia). Tampoco ha discutido la apelante la **viabilidad de la compensación** -aplicada en la sentencia impugnada, por otra cuantía-, **conforme al artículo 58 LC**. En consecuencia, **debe reconocerse a la actora la suma de 8.751,26 euros derivada de la resolución del contrato, con la naturaleza de crédito concursal atribuida en la sentencia del juzgado mercantil, por tratarse de un incumplimiento anterior a la declaración de concurso.**

8. *La devolución del aval.* Junto a la obligación referida de la franquiciada de prestar fianza por importe de 21.800 euros (pacto 12º del contrato de franquicia), el pacto 6º del mismo contrato exigía que, para garantizar el cumplimiento de la obligación de pago de los géneros suministrados por LEM. CAR., S.A., la franquiciada tuviera concertado un aval bancario a primer requerimiento por importe de 12.000 euros. No se ha discutido en autos que la Sra. S.M.L. concertó ese aval. Consta en el incidente copia no impugnada del aval por 12.000 euros, de Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito (f. 35).

Una de las pretensiones de la demandante en este incidente ha sido la de liberación de ese aval. Atendido que, tal como se ha razonado, la liquidación de la cuenta entre las partes ha arrojado un saldo a favor de la demandante incidental, doña S.M.L., de 8.751,26 euros (21.800 euros que depositó como fianza, menos 13.048,74 euros debidos por los géneros no pagados), es evidente que no puede ejecutarse el aval de Caja Laboral Popular por importe de otros 12.000 euros, que garantizaba "el cumplimiento de las obligaciones de pago de las ventas efectuadas y la devolución de género sobrante a final de temporada", ya que **no se ha producido el riesgo garantizado por el aval: la demandante incidental no es deudora, sino acreedora de LEM. CAR., S.A.**

En consecuencia, **debe acogerse la pretensión de liberación total del aval bancario formulada por doña S.M.L o, si ya se hubiera ejecutado indebidamente, de que se entregue su importe a la demandante incidental.** En ese sentido se estimará también el recurso de apelación.

9. *Sobre la revocación de un auto anterior del juzgado.* La apelante contra la sentencia que decide el incidente incluye en el suplico de su recurso de apelación la solicitud de revocación del pronunciamiento de costas de un auto anterior del juzgado mercantil (de 22 de febrero de 2011) que desestimaba el recurso de reposición contra una providencia del juzgado. La irrecurribilidad del auto que resuelve la reposición contra resoluciones judiciales (artículo 454 LEC) impide examinar la pretensión.

10. Estimado, en parte, el recurso de apelación, no procede imponer las costas de la segunda instancia, conforme al artículo 196 de la LC, en relación con los artículos 398.1 y 394.1 LEC.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 205/2013, de 15 de Mayo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Contrato de obra. Para determinar el saldo resultante de la **liquidación de una misma relación jurídica**, hay que efectuar una liquidación contractual (con un único saldo a favor de quien resulte acreedora) por la diferencia entre las prestaciones a las que cada parte tiene derecho conforme al contrato y al cumplimiento, incumplimiento, o defectuoso cumplimiento en su ejecución.

La figura de la **compensación** se produce de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título. Así, **no opera la compensación cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino una exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con**

equivalencia.

La **cláusula penal** es una obligación accesoria que nace si se produce el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal (en el caso, la de terminar la obra en el plazo convenido), a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, sin necesidad de la prueba de su existencia y cuantía.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre compensación: STS de 8 de junio de 1998. Sobre la cláusula penal, STS de 26 de marzo de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. REA. BUS., S.A. ejercitó en su demanda incidental la acción de impugnación de la lista de acreedores y del inventario a fin de que:

a) fuera reconocido a su favor un crédito ordinario por importe de 616.430,50 €, derivado del contrato de ejecución de obras suscrito el 30 de marzo de 2007 con la concursada INS. FEI., S.L. (crédito que fue oportunamente comunicado y no reconocido por la administración concursal); y

b) se excluyera del inventario el crédito por importe de 350.375,70 € reconocido a favor de la concursada frente a la citada actora, derivado del mismo contrato.

2. Por virtud del referido contrato de 30 de marzo de 2007, la propietaria-promotora REA. BUS., S.A. encargó a la concursada INS. FEI., S.L. ciertos trabajos de instalaciones a ejecutar en la promoción "Diagonal Fórum" (Diagonal esquina Pallars; parcelas 2 A y 3 B de la Unidad de Actuación nº 12 del P.E.R.I. Diagonal-Poblenou), de acuerdo con el proyecto redactado por los técnicos Adolfo Martínez Matamala y Josep Lluís Cisternas Surís, en el marco de la construcción de un edificio de 60 viviendas, locales y aparcamientos.

No se discute que REA. BUS., S.A. (tras la resolución del contrato con el contratista originario) acometió la promoción mediante el sistema de "fragmentación" o ejecución "por coordinación", es decir, contratando a diversas empresas especializadas en cada trabajo constructivo, que actuaban bajo la coordinación y supervisión de la entidad SGS., S.A. (contratada a tal efecto por la promotora), que ejercía el control sobre la obra y preparaba las actas de liquidación económica de la obra ejecutada por cada contratista, determinando los importes que debían ser abonados, gastos a repercutir y en su caso penalizaciones a aplicar, todo ello con el visto bueno de la dirección facultativa.

Nos remitimos en todo caso al apartado de hechos probados que recoge la sentencia tras el examen del contrato, la documentación aportada y la prueba practicada, en el que el Sr. magistrado expone con pormenor las cláusulas relevantes a estos efectos y lo acontecido en la ejecución del contrato.

3. El crédito invocado por REA. BUS., S.A., reconocido en la liquidación de obra efectuada por la coordinadora SGS., S.A. (documentos 8, 9 y 10), responde a una serie de cargos por reparaciones de deficiencias y desperfectos imputables a INS. FEI., S.L., repasos y partidas no ejecutadas, ayuda de limpieza de obra, etc., que importan la suma de 401.508,70 €, a lo que añade una penalización por retraso en la ejecución por importe de 82.761,63 €. Puesto que REA. BUS., S.A. ya había abonado a INS. FEI., S.L. la suma de 1.308.461,55 € por certificaciones de obra, resultaba acreedora frente a INS. FEI., S.L. por 479.644,57 €.

Reclama además nuevos créditos surgidos con posterioridad a la liquidación provisional de las obras por parte de SGS, concretamente la cantidad de 136.785,93 €, por nuevos desperfectos imputables a INS. FEI., S.L. que ésta se negó a reparar y que hubo de costear REA. BUS., S.A. mediante el pago a terceros industriales.

De otro lado, negaba que adeudara cantidad alguna a INS. FEI., S.L. resultante de la ejecución del contrato.

La concursada se opuso negando la procedencia de los cargos y sosteniendo la inclusión en el inventario del crédito reconocido a su favor, a cuyo efecto aportaba una serie de facturas.

SEGUNDO. 4. La sentencia, tras una exhaustiva exposición de hechos probados, resolvió la controversia procediendo a la liquidación del contrato de obra ya extinguido o ejecutado, sobre la base de los siguientes razonamientos y valoraciones:

a) El precio pactado en el contrato era por importe de 1.407.033,05 €; REA. BUS., S.A. reconoce además unas ampliaciones de obra por la suma de 81.449,10 €, lo que hace un total de 1.488.482,15 €.

b) No se discute que se han abonado certificaciones de obra por la suma de 1.377.327,97 €. Por tanto, de no haber existido la controversia, REA. BUS., S.A. adeudaría a INS. FEI., S.L. la cantidad de 111.154,18 €.

c) La impugnación del inventario debe prosperar *cuando menos en lo sustancial*, ya que a INS. FEI., S.L. sólo cabe reconocerle un saldo inicial a su favor por 111.154,18 €, y no los 350.375 € que figuran en el inventario. La concursada no ha acreditado que se hayan producido ampliaciones o modificaciones de obra distintas de las reconocidas por la promotora y aporta facturas y partes que deben vincularse con repasos y reparaciones.

d) Aprecia que se produjo un retraso en la ejecución de los trabajos por parte de INS. FEI., S.L. con respecto al plazo pactado para su finalización, demora que la concursada admitió en su día y no ha acreditado que sea imputable a terceros, por lo que la sentencia estima procedente la penalización por la suma de 82.761,63 € de acuerdo con lo pactado. En consecuencia, de la cantidad adeudada por REA. BUS., S.A. (los 111.154,18 €) debe deducirse este importe, resultando un saldo a favor de INS. FEI., S.L. por 28.392,55 €.

e) En cuanto al crédito reclamado por vicios y deficiencias, los puntos en los que se observan discrepancias son dos: - la instalación de energía solar, y - la caída de algunos depósitos de agua por problemas de anclaje en las paredes de algunas viviendas.

Respecto de la instalación de energía solar, de acuerdo con el informe de auditoría técnica realizado por ELECENOR, no rebatido por un dictamen pericial, deben imputarse a INS. FEI., S.L. las deficiencias de la instalación y, por ello, los daños y gastos adicionales asumidos por la promotora, que la sentencia fija en 50.000 €.

No obstante, en cuanto a los problemas en los termos o depósitos, a falta de un informe técnico no cabe imputar a INS. FEI., S.L. el coste o daño adicional reclamado de 138.273,85 €.

f) No se ha acreditado que los gastos adicionales reclamados por trabajos, reparaciones y servicios de limpieza sean imputables a INS. FEI., S.L..

En consecuencia, la sentencia estima la demanda en cuanto a la impugnación del inventario y, compensando los saldos recíprocos a favor y en contra de cada parte, determina como saldo favorable a REA. BUS., S.A. la suma de 21.607,45 €, con la consideración de crédito ordinario.

Apela únicamente INS. FEI., S.L., con base en los motivos que examinamos seguidamente.

TERCERO. 5. Alega en primer lugar que se ha alterado la *causa petendi* de la demanda por haber decidido el juez en el acto de la vista, al resolver alegaciones previas de la concursada, que el objeto del incidente debía ser la determinación de los efectos económicos de la resolución del contrato de obra. Considera el recurso que la sentencia altera el objeto del litigio, que no es otro que determinar si la lista

de acreedores y el inventario fueron confeccionados correctamente por la administración concursal sobre la base de la documentación existente.

6. Debe rechazarse que la sentencia haya alterado el objeto del litigio y que, por ello, sea incongruente con las pretensiones planteadas.

Comprobamos del soporte audiovisual que en el acto de la vista el letrado de INS. FEI., S.L. planteó como cuestión preliminar que la demandante se había equivocado en la acción ejercitada (de impugnación de la lista de acreedores y del inventario) pues la acción que debería haber ejercitado es la de resolución contractual al amparo del art. 62 LC. El juez del concurso señaló que la cuestión era sorpresiva y que en todo caso no correspondía tramitar la pretensión por la vía del art. 62, sino a través de la vía ejercitada de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, ya que la acción ejercitada deriva del incumplimiento que se imputa a la concursada con anterioridad a la declaración de concurso, y su actuación en la obra ya había finalizado al ser declarado el concurso.

En todo caso, la materia controvertida que resuelve la sentencia es la que planteaba la demanda, en la que se pretendía el reconocimiento de un crédito derivado de diversos incumplimientos de la concursada en la ejecución del contrato de obra y la exclusión de un crédito reconocido en el inventario a favor de la concursada por virtud del mismo contrato, una vez extinguido el mismo o finalizada la intervención de INS. FEI., S.L. en la edificación.

Las pretensiones ejercitadas determinaban, inevitablemente, una liquidación de la relación, en función del trabajo realmente ejecutado, el retraso alegado y los incumplimientos o deficiencias imputadas. A raíz de la liquidación contractual que imponía la pretensión ejercitada quedarían en su caso modificadas la lista de acreedores y/o el inventario, dependiendo de que el saldo resultante fuera deudor o acreedor para la concursada, o bien inalterados, si es que la pretensión era íntegramente desestimada. En definitiva, la impugnación de la lista y del inventario implicaba llevar a cabo la liquidación contractual, y sobre las cuestiones y aspectos afectantes a ella versó el debate y en congruencia resolvió la sentencia, que termina por reconocer a favor de REA. BUS., S.A. un crédito por 21.607,45 €, excluyendo del inventario el crédito reconocido a favor de la concursada.

CUARTO. 7. Indica a continuación el recurso que la compensación que aplica la sentencia es improcedente porque la actora nunca la solicitó en su demanda y, en cualquier caso, para que opere la compensación judicial el crédito tiene que ser litigioso en el sentido de haber sido objeto de una demanda presentada con anterioridad a la confección de la lista de acreedores.

8. En primer lugar, la compensación, sea legal o judicial, puede ser aplicada o reconocida en la sentencia que resuelve un incidente de impugnación de la lista de acreedores y del inventario sin necesidad de que el crédito pretendido haya sido objeto de reclamación en una demanda anterior. Si lo ha sido y existe un pleito pendiente, la administración concursal hubiera reconocido el crédito como contingente (art. 87.3 LC), pero si no existe una previa reclamación judicial nada obsta a que, una vez excluido por la administración concursal el crédito comunicado, el tercero interesado pueda impugnar la lista para que se incluya, y al mismo tiempo se excluya otro reconocido en el inventario procedente de la misma relación jurídica, lo cual puede motivar la compensación.

Pero en todo caso la sentencia no aplica propiamente una compensación en el sentido técnico legal del art. 1.196 CC, sino que determina el saldo resultante de la liquidación de una misma relación jurídica, esto es, efectúa una liquidación contractual cuyo natural efecto es la consecución de un único saldo a favor de quien resulte acreedora, por la diferencia entre las prestaciones a las que cada parte tiene derecho conforme al contrato y al cumplimiento, incumplimiento, o defectuoso cumplimiento en su ejecución.

Ha declarado la jurisprudencia que no hay genuina compensación, o no se opera, cuando los abonos y adeudos a liquidar fluyen de un contrato único, donde no hay dualidad de créditos, sino exigencia de obligaciones nacidas de un contrato bilateral con equivalencia de prestaciones

recíprocas (entre otras, STS de 7 de junio de 1983, 25 de mayo y 16 de noviembre de 1993), lo que es consecuencia del requisito, **para que la compensación se produzca, de una dualidad de títulos y créditos recíprocos, por lo que no cabe apreciarla en obligaciones sinalagmáticas, bilaterales o recíprocas nacidas del mismo título.**

En este sentido, declara la **STS de 7 de junio de 1983** que el **presupuesto o requisito de la dualidad de los créditos sujetos a compensación ha de referirse a fuentes así mismo duales** (como reitera la STS de 8 de junio de 1998), *“lo que excluye del concepto aquellas obligaciones que nacen de contrato bilateral en el seno del cual la dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte contratante como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia, siendo la estructura sinalagmática ajena a la situación que propicia la compensación propia, en la cual no existe sentido sinalagmático alguno ni originaria (en el sentido de que las obligaciones nazcan la una de la otra) ni finalísticamente...”*.

QUINTO. 9. El recurso prosigue con la impugnación de la penalización por retraso, negando que haya existido la demora con base en el acta de recepción provisional de la obra que se produjo el 13 de marzo de 2008, pues dicho documento (f. 294), que firman REA. BUS., S.A., SGS, la dirección facultativa y todos los contratistas, expresa que *“las obras se han ejecutado en el plazo previsto en los contratos de obra”*.

10. Esta manifestación no es decisiva para negar la aplicación de las penalizaciones que procedan, con respecto a cada contratista, por el posible retraso en la entrega según los respectivos contratos, ni implica una renuncia de la promotora a su aplicación en cada caso, como seguidamente lo expresa el propio documento en la “condición tercera”: *“La recepción provisional de las obras en ningún caso supone la posible aplicación o no de las penalizaciones por retraso en la entrega o cualquier otra consecuencia de las establecidas en el contrato de obra, debiendo proceder a la liquidación del mismo de acuerdo con los términos en él expresados”*. En consecuencia, **la manifestación de que “las obras se han ejecutado en el plazo previsto en los contratos de obra” es sin perjuicio de la ulterior liquidación de obra con cada contratista, en la que, en su caso, podrían aplicarse las pertinentes penalizaciones.**

11. Por lo demás, están acreditados los siguientes hechos, que recoge la sentencia:

a) en el contrato suscrito con INS. FEI., S.L. se estableció un plazo de 26 semanas para la ejecución de las obras encargadas, estableciéndose (cláusula 2.4) unas penalizaciones por retraso en la entrega *“sin perjuicio de la reclamación por los restantes daños y perjuicios”*.

b) No se discute que el plazo finalizaba el 17 de diciembre de 2007 (f. 147).

c) El 30 de enero de 2008 INS. FEI., S.L. firma un “acta de reunión de obra” (f. 113, documento 7 de la demanda) en la que se hace constar el incumplimiento sistemático por su parte de los hitos consensuados o fechas comprometidas para la terminación de los trabajos y, *“sin alterar las estipulaciones establecidas en el contrato suscrito entre INS. FEI., S.L. y REA. BUS., S.A.”*, los representantes de INS. FEI., S.L. se comprometen a terminar ciertas obras el 4 de febrero, otras el 8 de febrero y la totalidad de las instalaciones el 11 de febrero.

d) El 8 de febrero INS. FEI., S.L. comunica a REA. BUS., S.A. que debido al ritmo general de la obra es imposible entregar los trabajos el 11 de febrero, solicitando el establecimiento de un nuevo plazo (f. 301).

e) El 31 de marzo SGS confecciona una relación de repasos y deficiencias, y durante el segundo y tercer trimestre de 2008 INS. FEI., S.L. sigue realizando actuaciones puntuales para el acabado y reparación de las tareas pendientes.

Debe confirmarse, por todo ello, la **procedencia de la penalización aplicada, sin que sea circunstancia impositiva o extintiva la devolución del aval bancario a INS. FEI., S.L. en enero de 2009, antes de la “propuesta de cambio o ampliación” n° 21 y n° 22 efectuadas por SGS, que recoge las**

actuaciones pendientes de realizar por INS. FEI., S.L. y la liquidación de la penalización por retraso. **La cancelación del aval, cuya vigencia expiraba transcurrido un mes desde la recepción provisional (f. 293), supone la extinción de la garantía pero no implica, en tales circunstancias, una renuncia por parte de REA. BUS., S.A. a exigir la obligación garantizada**, máxime cuando no consta un documento de devolución del aval consensuado entre las partes que exponga la causa de la cancelación y evidencie la conformidad de REA. BUS., S.A. y su renuncia a aplicar penalizaciones.

12. Alega así mismo la apelante que la aplicación de la penalización convencional sólo resulta procedente si no se han causado daños y perjuicios, y en este caso no se prueba que el retraso haya causado perjuicio alguno a la promotora. En respuesta a este motivo decimos lo siguiente.

La cláusula penal es una obligación accesoria que, precisamente, nace si se produce el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación principal (aquí la de terminar la obra en el plazo convenido), a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, sin necesidad de la prueba de su existencia y cuantía. En este sentido, señala la STS de 26 de marzo de 2009 que *“la pena convencional, prevista en la cláusula penal, tiene la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento, sin que sea precisa la prueba de los mismos y su finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento, como dice la sentencia de 2 de octubre de 2001”*. De igual manera, declara la STS de 12 de abril de 1993 que *“su efectividad opera sin que precise probanza alguna, ya que precisamente su concrección elude de toda demostración de la realidad de los daños y perjuicios, por razón de lo que las partes contratantes efectivamente quisieron y acordaron al respecto, teniendo como función principal la de añadir un plus de onerosidad al convenio para la parte que no lo cumple y de esta manera actúa precautoriamente como estimulante para la adecuada y perfecta ejecución negocial [SS. 19-12-1991 y 7-3-1992]”*.

En todo caso es evidente, y así es admitido por la concursada, que para la promotora el plazo de terminación era esencial; de ahí que apremiara con plazos que, dice la concursada, eran imposibles de cumplir.

SEXTO. 13. El siguiente motivo del recurso se refiere a las deficiencias constructivas apreciadas por la sentencia respecto de la instalación de energía solar, que motiva el cargo a INS. FEI., S.L. del coste de 50.000 €.

La sentencia estima que las deficiencias afectantes a esta instalación son imputables a la instaladora INS. FEI., S.L., por no haber incluido los elementos previstos en el proyecto inicial, lo que ha generado importantes reparaciones no realizadas por INS. FEI., S.L.. Se basa, a falta de un dictamen pericial, en el informe de *“auditoría realizada en la instalación solar térmica”* (documento 21; f. 204 y ss.) elaborado por la empresa ELECNOR, que detecta y enumera las discrepancias entre la instalación y el proyecto (no se ha instalado intercambiador de placas separador y por ello no existen grupos de bombeo del secundario ni vasos de expansión, no se ha respetado el captador solar previsto en el proyecto, no existen elementos de equilibrado, etc.), y la concursada no ha probado que los problemas en el sistema fueran debidos a una incorrecta puesta en marcha o a un cambio de proyecto no imputable a ella.

14. Alega la apelante que ejecutó el proyecto de energía solar bajo la supervisión de SGS, a quien correspondía el control y revisión de los proyectos de instalaciones, y que no pudo hacer la puesta en marcha por el problema de la caída de los acumuladores, pese a lo cual la instalación llegó a funcionar.

Frente a ello advertimos, al igual que la sentencia, que **no existe ningún elemento de prueba para concluir que el problema detectado en la instalación sea debido a un defecto de proyecto o de supervisión o control del proyecto; por el contrario, existe un medio de prueba valioso que es el informe elaborado por una tercera empresa que examinó el sistema y concluye que las deficiencias son de ejecución o de instalación, y cuyo legal representante manifestó en la vista que la instalación carecía de una serie de elementos imprescindibles o estaban deteriorados y no se ajustaba al proyecto.**

15. El recurso impugna seguidamente la cuantía del cargo o indemnización que reconoce la sentencia (50.000 €), proponiendo en su lugar la valoración que hace ELEC NOR en su informe, en el que presupuesta en 26.432 € la reparación del sistema. Añade INS. FEI., S.L. que los 50.000 € que concede la sentencia no responden al coste de la reparación de la instalación de energía solar, sino a los desperfectos que su mal funcionamiento ha causado, según resulta del documento 8 de la demanda (sería en realidad el documento 5), que refiere esta suma a los gastos por reparaciones en techos y tabiquerías.

16. En el documento 5 de la demanda, fechado el 16 de octubre de 2008, REA. BUS., S.A. se dirige a INS. FEI., S.L. para comentar ciertas partidas de obra afectantes a la liquidación entre ambas y, finalmente, deja constancia de que la ejecución de los trabajos de instalación de energía solar ha generado fugas en las conducciones afectando a tabiques, techos y pavimentos de parquet, cuya reposición ha generado unos costes de 50.000 € *“que serán trasladados contra su cuenta de retenciones”*.

Este cargo o indemnización responde, por tanto, al coste de la reparación de los desperfectos originados por las anomalías o deficiencias de la instalación de energía solar. Señala el informe de ELEC NOR que la instalación funcionó hasta que una fuga en el circuito solar debido a la caída o sustitución de un intercambiador obligó a parar las dos instalaciones (pág. 3)

No cabe duda que REA. BUS., S.A. fija ese coste a tanto alzado y de forma provisional, pues posteriormente SGS en la liquidación de 20 de febrero de 2009 (documento 9) imputa a INS. FEI., S.L. el importe de 138.273 € en concepto de *“trabajos de desmontaje, montaje y reparaciones de tabiquería y falsos techos para reparación de instalaciones mal ejecutadas”*, trabajos que realizó la empresa PLADEIN S.L. y abonó REA. BUS., S.A., como resulta de las facturas incorporadas al documento 9, emitidas en enero, febrero y marzo de 2008. Que la avería en la instalación de energía solar provocó esos desperfectos es un hecho no cuestionado por INS. FEI., S.L., que admite (pág. 11 del recurso) que tal instalación se refiere tanto a la producción de energía solar como como a los acumuladores de agua producidos por la energía solar instalados en cada piso y que cayeron provocando inundaciones.

La reparación de la instalación de energía solar fue valorada por ELEC NOR (defectos de *“corrección obligatoria”*) en 26.432,47 €, con IVA 31.190,24 € (ff. 215 y 217) y si sumamos el coste total por las reparaciones de los desperfectos da una cantidad muy superior a la reconocida por la sentencia.

SÉPTIMO. 17. En relación con la estimación de la impugnación del inventario (la sentencia excluye del inventario el crédito por 350.375 € a favor de INS. FEI., S.L.), la apelante denuncia un error de cálculo: la sentencia parte del precio base del contrato (1.407.033 €), le suma las ampliaciones de obra admitidas (81.449 €), le resta la cantidad cobrada por INS. FEI., S.L. (1.377.327 €) y los cargos o imputaciones a ésta (82.761 € + 50.000 €), dando como resultado el saldo favorable a REA. BUS., S.A. por 21.607,45 €. Pero - indica el recurso- el precio base del contrato fue fijado en 1.407.033,05 € sin contar el IVA, y la cifra de precio por ampliación de obra, 81.449 €, no incluye el IVA; sin embargo, la sentencia descuenta la cantidad cobrada por INS. FEI., S.L., 1.377.327,97 €, que sí incluye el IVA. Habría por tanto que añadir el IVA (al 7 %) a aquellas cantidades que sirven para llegar al saldo final. El resultado sería un saldo favorable a INS. FEI., S.L. por 82.586,30 €.

18. Es cierto que las dos primeras cantidades (precio contractual y ampliaciones de obra) no incluyen el IVA, pero, como advierte la parte apelada, la suma de 1.377.327 € (que se descuenta de la suma anterior) tampoco incluye el IVA. Esa cantidad se corresponde a la cuantía de 1.308.461,55 € (base imponible) más 68.866,42 € en concepto de retenciones, que son tenidas en cuenta por SGS y la actora al hacer la liquidación; así resulta del documento 24 de la demanda. Por ello la sentencia tiene por acreditado que INS. FEI., S.L. ha cobrado la cantidad de 1.377.327,97 € *“IVA no incluido”*.

Por tanto, no cabe modificar el saldo final por razón de la anterior objeción.

19. Por último, la apelante reclama la inclusión en el inventario de ciertas facturas giradas contra REA. BUS., S.A., concretamente las aportadas como documentos 117, 118, 119, 120, 122, 123 y 124, que suman 184.394,25 € con IVA.

Coincidimos en este punto también con la valoración de la sentencia apelada. Conforme a la cláusula 3 del contrato, **las certificaciones de obra que se facturen deberán estar conformadas por medio de firma por la dirección facultativa y en todo caso son provisionales y quedarán sujetas a la liquidación final.** Las facturas que se invocan no están conformadas con la firma de la dirección facultativa, y son estimables las objeciones de la parte apelada: algunas responden a trabajos cuya ejecución no consta, otras parecen responder a conceptos duplicados (documentos 118 y 120, en relación con el documento 5 de la demanda); alguna (documento 119) sustituye a partidas ya incluidas en el presupuesto inicial; y alguna otra (documento 124) está ya reconocida como ampliación de obra en la liquidación de SGS e incluida en el importe de 81.449 €.

En todo caso, la sentencia reconoce a favor de INS. FEI., S.L. un crédito a su favor que representa el saldo inicial de la liquidación por importe de 111.154,18 € (diferencia entre el precio contractual más las ampliaciones y la suma percibida por INS. FEI., S.L.), y a partir de él aplica las correspondientes deducciones por cargos imputables a la contratista, sin que se haya demostrado por quien lo alega un saldo inicial superior, por el importe de 184.394,25 € o por el que constaba en el inventario.

OCTAVO. 20. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 317/2012, de 5 de Octubre de 2012.

Ponente: Elena Boet Serra

Resumen: Cheques de favor endosados. Son oponibles *inter partes* al **tenedor de un cheque** las **excepciones** derivadas del negocio o relación subyacente a la cartular o derivadas de la ausencia de dicha relación, como por ejemplo, la excepción o **pacto de favor**.

Si no resulta probada la existencia del **crédito causal** o negocio subyacente al cartular *inter partes*, no se puede considerar el crédito a efectos de la lista de acreedores.

Referencia a la impugnación extemporánea de la lista de acreedores y sus efectos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La entidad VEL. ZAZ., S.L. comparece como acreedora de la concursada para impugnar, con base en el art. 96 LC, la lista de acreedores por lo que respecta a la cuantía del crédito reconocido a su favor.

El motivo de impugnación es el siguiente: error material en la consignación del importe del crédito reconocido en la lista de acreedores confeccionada por la Administración concursal, debido a un error material de la actora al comunicar el importe total de su crédito. En particular, aduce la actora, la cantidad reconocida en la lista de acreedores es de 231.015 euros y la cantidad que debe constar es la de 2.318.105 euros.

Expone la actora, aquí apelada, que el referido crédito dimana del impago de tres cheques nominativos de importes, respectivos, 820.245€, 748.930€ y 748.930€. La suma de los tres importes asciende a la cuantía de 2.318.105 euros. Sin embargo, la propia actora en su escrito de personación y comunicación de créditos en el concurso de la compañía PROM. INMOB. COR., S.L. hizo constar que la suma de los

importes de los tres títulos cambiarios adeudados por la concursada ascendía a la cantidad de 231.105 euros, omitiendo por error el número 8, según afirma la actora, y esa cantidad es la que tuvo en cuenta la Administración concursal al reconocer a su favor el crédito resultante del impago de los referidos tres cheques pero, también por error de la Administración concursal, consignó el importe de 231.015 euros (y no de 231.105 euros que insinuaba la actora en su escrito de comunicación de créditos).

La administración concursal se allanó a la pretensión actora, afirmando que había constatado la realidad del error material de transcripción numérica.

La sociedad demandada, PROM. INMOB. COR., S.L., se opuso a la demanda incidental con base en tres alegaciones: primera, la demanda incidental hace referencia a un número de autos de un concurso necesario que no se corresponde al concurso necesario de PROM. INMOB. COR., S.L., sino que se refiere al concurso necesario de otra sociedad con la que la actora había mantenido relaciones comerciales; segunda, la diferencia entre el importe del crédito reconocido y la cantidad ahora reclamada no responde a un error material de la actora sino a una actuación de mala fe. La actora reclamó un crédito por un importe inferior porque dudaba que le fuera reconocido y, una vez reconocido, incrementa su cantidad; tercera, niega la existencia del crédito, por cantidad alguna, a favor de la actora. **Los títulos cambiarios emitidos a su favor reflejan la existencia de una cuenta corriente entre ambas sociedades -y otras-, basada en una relación de confianza que permitía a las sociedades obtener apoyo financiero**, que está pendiente de liquidación y de la que resulta un crédito contra la actora por importe de 2.759.776,53€.

La sentencia de primera instancia, que estima la demanda, es apelada por la sociedad demandada aduciendo los siguientes motivos:

1º) **La sentencia apelada no ha dado respuesta a la alegación formulada en la contestación a la demanda relativa a que el escrito de personación al concurso, a que se refiere la actora, no lo es al concurso necesario de la aquí demandada sino al concurso necesario de una sociedad distinta, la entidad VAL., S.A.**

2º) **Son indicios de que no ha habido error material en la comunicación de la cantidad del crédito: (i) que la contabilidad de la concursada no recoge ningún crédito a favor de la actora y (ii) que no cabe invocar la propia falta de diligencia para corregir un error.**

3º) **La impugnación del inventario es extemporánea, por lo que la Administración concursal debe comprobar la existencia de un crédito a favor de la actora examinando la documentación de la concursada.**

SEGUNDO: Por la representación de la sociedad actora-apelada se impugna la admisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia de la que traen causa las presentes actuaciones.

Sin duda alguna, la interpretación que efectúa la apelada del art.457.2 LEC, regulador del contenido que debe tener la fase de preparación del recurso de apelación, es parcial y restrictiva, y no se ajusta al sentido que tanto doctrina como jurisprudencia han perfilado de tal fase procesal. En ese sentido, **dicho precepto legal dispone que el apelante debe, al proponer el recurso, limitarse a citar la resolución apelada y a manifestar la voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna.** El análisis del escrito de preparación presentado por la representación de la apelante constata el fiel cumplimiento al contenido del referido art. 457.2 LEC; basta, a tal efecto, remitirse al apartado Cuarto del indicado escrito de preparación de fecha 9 de noviembre de 2011, que damos aquí por enteramente reproducido, para comprobar que cuanto allí dice no es otra cosa que lo que exige la LEC a tal efecto.

A mayor abundamiento, y a tenor del fallo de la sentencia recurrida, el efecto devolutivo que se pretende con este recurso de apelación es absoluto, por cuanto afecta a la totalidad del pronunciamiento, que no es otro que el reconocimiento de un crédito concursal. De haber querido la apelante limitar ese efecto

devolutivo lo hubiera fijado expresamente en el escrito de preparación. Al referirse en términos amplios y generales, se afecta todo lo discutido en la instancia.

En virtud de providencia de fecha 27 de abril de 2010 se admitió a trámite la demanda incidental presentada por la actora sobre impugnación de la lista de acreedores en el concurso de acreedores de la entidad demandada, PROM. INMOB. COR., S.L., no obstante constar en la demanda la referencia a un número de autos que no se corresponde con el del concurso necesario de la demandada. La sociedad demandada no impugnó la referida providencia. **La actora en su escrito de demanda identificó correctamente a la sociedad concursada y en virtud de providencia se admitió a trámite la demanda incidental en el concurso de la referida sociedad demandada, indicando la providencia el número correcto de autos del concurso necesario.** Por ello, debe estimarse que **la demanda formulada por la actora lo ha sido en el procedimiento del concurso necesario de la sociedad demandada en el que la actora se personó e insinuó el crédito que, tras ser incluido en la correspondiente lista de acreedores, ahora impugna en cuanto a la cuantía reconocida dentro del plazo procesal del artículo 95.2 LC, en relación con el art. 96 LC.**

TERCERO: Las alegaciones del recurso relativas a la inexistencia de un error material en la consignación del importe total del crédito insinuado por la actora y reconocido en la lista de acreedores se sustentan en negar la existencia del crédito y, por ello, son extemporáneas respecto al importe del crédito reconocido en la lista de acreedores. La sociedad demandada debía haber sustanciado la realidad del crédito mediante la impugnación de la lista de acreedores en el plazo establecido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 96 LC. Ahora bien, por lo que se refiere a la cuantía no reconocida en la lista de acreedores, y que constituye el objeto del presente incidente de impugnación ex art. 96.3 LC, no cabe apreciar el efecto preclusivo derivado de la falta de impugnación del art. 97 LC. El impugnante que pretende la modificación de la lista de acreedores en la cuantía del crédito reconocido, en una cantidad muy inferior, debe probar su pretensión y acompañar los documentos y medios probatorios en los que basa la misma, en virtud del principio de la carga de la prueba que positiviza el artículo 217 LEC.

La prueba propuesta por la impugnante sobre ese crédito concursal se ha limitado a la documental consistente en tres cheques nominativos librados por la concursada a favor de la impugnante. **Con arreglo al artículo 67 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque -aplicable al cheque de conformidad con el artículo 153 de la propia Ley-, son oponibles *inter partes* al tenedor de un cheque las excepciones causales, esto es, las derivadas del negocio o relación subyacente a la cartular o derivadas de la ausencia de dicha relación, como por ejemplo, la excepción o pacto de favor de una letra de favor (letra que se emite sin responder a una operación comercial).** Como afirma el Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de enero de 2011 y 6 de junio de 2011, **"(...) cuando en el litigio coinciden las posiciones de acreedor cambiario y acreedor en la relación extracambiaria, se superponen la relación cambiaria y la relación subyacente que sirvió de causa externa para la emisión de la declaración cambiaria, de tal forma que con la finalidad de evitar "inutilis circuitus", el sistema autoriza al deudor cambiario para que oponga al acreedor las excepciones derivadas de la relación causal y el título pierde su carácter abstracto".**

En las presentes actuaciones la concursada se opone a la existencia de un crédito entre las partes de la relación cambiaria y en autos no resulta probada la existencia del crédito causal o negocio subyacente al cartular *inter partes*, sin que conste ninguna documentación contable, ni de la concursada ni de la impugnante, de la que dimane la realidad del crédito de la actora. La administración concursal se ha limitado a constatar la existencia de un error en la suma de los importes consignados en los títulos cambiarios, sin referirse a otros documentos ni afirmar que el crédito pretendido de más de dos millones de euros resulta de la contabilidad de la concursada. Es por ello, que **estimamos no acreditada la existencia de un crédito por importe de 2.318.105 euros a favor de la impugnante y, dado que la oposición de la concursada a la existencia del crédito en el presente incidente concursal es extemporánea únicamente respecto a la cantidad reconocida en la lista de acreedores, debemos concluir que no procede modificar la lista de acreedores.**

CUARTO: Estimado el recurso de apelación y, con él desestimada la demanda de incidente concursal, procede imponer a la parte impugnante las costas causadas en la primera instancia (art. 394 LC). Conforme a lo que establece el artículo 398.1 LEC, no procede hacer imposición de las costas del recurso al haber sido estimado.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 20/2013, de 23 de Enero de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: El **fraude de ley** consiste en realizar un acto, con el propósito de conseguir un resultado prohibido por una norma imperativa o prohibitiva (norma vulnerada o soslayada), bajo el aparente amparo de otra norma (de cobertura) que regula ese acto y protege el resultado normal de él (el acto formalmente realizado es sólo un instrumento de ocultación de la voluntad fraudulenta).

Compra de crédito hipotecario por persona interpuesta, mediante **simulación**, para eludir los efectos de la subordinación a las PERC (art. 92.5 LC). El Tribunal desestima la pretensión por falta de **prueba**.

No se puede incluir un crédito en la lista de acreedores, en concepto de **intereses y costas de la ejecución de un proceso monitorio**, ya que el mismo no ha podido devengarse; la ejecución debió quedar inmediatamente paralizada al ser declarado el concurso (art. 55 LC), y quedar suspendido el devengo de intereses (art. 59 LC).

Notas: Referencia a la jurisprudencia sobre fraude de ley: STS de 30 de enero de 2006.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. Los demandantes, el Sr. R.L.R. y las sociedades M.P.S., S.L. y E.C.T., S.L., impugnaron en su demanda la lista de acreedores en el concurso de R.P.I., S.L. solicitando que:

1º) el crédito con privilegio especial reconocido a favor de O.V.G., S.L., garantizado con hipoteca, fuera clasificado como subordinado de conformidad con el art. 92.5 LC, por pertenecer en realidad al Sr. R.R.P., socio al 50 % de la concursada y administrador mancomunado; y

2º) se incluyera en la lista de acreedores un crédito por importe de 72.977 € a favor de E.C.T., S.L., que responde a las cantidades estimadas para intereses y costas en la ejecución dimanante del procedimiento de juicio monitorio seguido con el nº 883/2010 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 44.

La sentencia desestimó ambas pretensiones y es apelada por los demandantes con base en los motivos que seguidamente examinamos.

Sobre la pretensión de subordinación del crédito reconocido a favor de O.V.G., S.L.

SEGUNDO. 2. Los hechos básicos incontrovertidos que justifican esta pretensión son los siguientes:

a) La sociedad concursada, R.P.I., S.L., está participada al 50 % por los Sres. R.R.P. y R.L.R. Ambos han sido administradores mancomunados hasta el 30 de julio de 2009, fecha en que el Sr. R.L.R. presentó su dimisión, en un contexto de conflicto y enfrentamiento entre los dos socios.

No tenemos constancia de la fecha del auto de declaración de concurso, pero en todo caso fue entrado el año 2010 (el nº del procedimiento de concurso es 855/2010).

b) Por escritura pública de 7 de octubre de 2005 el BBVA concedió a la concursada varios préstamos por importe global de 1.340.000 €, con garantía de hipoteca sobre diversos departamentos del edificio de la calle Creu Coberta nº 50, propiedad de la concursada, y con el aval personal del Sr R.R.P..

El préstamo fue solicitado para financiar la adquisición y rehabilitación del citado edificio con el fin de vender los departamentos resultantes, y fue ampliado hasta el importe global de 1.495.500 € por escritura pública de 27 de octubre de 2006.

c) El 19 de febrero de 2010, el BBVA como cedente y O.V.G., S.L. (en adelante O.V.G., S.L.) como cesionaria, otorgaron escritura pública de cesión de los créditos hipotecarios, ascendentes a la fecha, por capital e intereses devengados, a la suma total de 1.732.768,79 €. Los créditos fueron transmitidos por el precio global de 1.741.421,36 €, que O.V.G., S.L. entregó en el mismo acto mediante un cheque bancario contra La Caixa.

En la escritura se deja constancia de que O.V.G., S.L. se subroga en todos los derechos inherentes a los créditos cedidos, y al otorgamiento de la escritura concurre el Sr. R.R.P., quien, como avalista, se da por notificado de la cesión. Seguidamente, la cesión del crédito fue notificada a la sociedad deudora.

d) El socio mayoritario (propietario de todas las participaciones sociales menos una) y administrador único de O.V.G., S.L. es el Sr. R.C.G., amigo personal del Sr. R.R.P..

e) Los Sres. R.C.G. y R.R.P. comparten cargos directivos en otras sociedades: ALDISIS S.L. y O.V.G., S.L. S.L. De esta última son socios el Sr. R.C.G. y el Sr. R.R.P..

3. La demanda pretende la subordinación del crédito hipotecario adquirido por O.V.G., S.L. con fundamento en que dicho crédito pertenece en realidad al Sr. R.R.P., persona especialmente relacionada con la sociedad concursada (art. 93.2 LC), por ser él quien ha puesto el dinero para la adquisición del crédito al BBVA.

Argumenta la demanda a tal efecto que, surgida la discrepancia entre los dos socios con ocasión del proyecto de rehabilitación del edificio, y siendo ambos acreedores de la sociedad concursada (el Sr. R.L.R. a través de sus sociedades E.C.T., S.L. y M.P.S., S.L., por razón de las obras de rehabilitación), el Sr. R.R.P. ha urdido una estrategia fraudulenta, mediante la operación de cesión del crédito hipotecario a O.V.G., S.L., para asegurarse el cobro de sus créditos y evitar la ejecución del aval por el impago del crédito hipotecario, perjudicando la posición del socio demandante, cuyos créditos han sido subordinados. Alega que O.V.G., S.L. no es más que un "hombre de paja" utilizado por el Sr. R.R.P. para liberarse del aval personal en garantía del préstamo hipotecario; que O.V.G., S.L. está íntimamente vinculada al Sr. R.R.P., y que éste ha prestado a O.V.G., S.L. las cantidades necesarias para la adquisición del crédito al BBVA.

4. La concursada justificó la operación de cesión del crédito a O.V.G., S.L. en los siguientes términos: el desacuerdo entre los socios produjo el bloqueo de la junta y del órgano de administración mancomunado, por lo que, ante la advertencia del BBVA de ejecutar la hipoteca, el Sr. R.R.P., que había prestado su aval personal, buscó un inversor externo interesado en la adquisición del crédito, y lo encontró en su amigo Sr. R.C.G. a través de O.V.G., S.L., sociedad ajena por completo al Sr. R.R.P..

En el acto de la vista, los Sres. R.R.P. y R.C.G. reconocieron su amistad y explicaron sus pactos: debido a la enfermedad que padece, el Sr. R.C.G. tenía la intención de abandonar la gestión de sus negocios y obtener una fuente de rentas fijas; el Sr. R.R.P. adquiriría la mayoría del capital de O.V.G., S.L. S.L. (cuyo socio mayoritario es el Sr. R.C.G.) mediante ampliaciones de capital, y el Sr. R.C.G., a través de O.V.G., S.L. adquiriría el crédito del BBVA con la idea última de obtener la propiedad del edificio.

El Sr. R.R.P. afirmó que compró acciones de O.V.G., S.L. y concurrió a ampliaciones de capital, y que en total ha desembolsado una cantidad cercana a 1.500.000 €. Señaló que esta es una fuente de financiación que supone que debe haber utilizado el Sr. R.C.G. para adquirir el crédito al BBVA. Por su parte, el Sr. R.C.G. indicó que su intención era adquirir el edificio para alquilar luego los pisos y obtener así unas rentas fijas; y que el pacto con el Sr. R.R.P. era un acuerdo marco, todavía no definido en algunos aspectos, y con ciertas incógnitas; y admitió que O.V.G., S.L. ha prestado el dinero para adquirir el crédito al BBVA.

TERCERO. 5. La sentencia consideró todos los hechos expuestos y, tras valorar el material probatorio, concluyó que faltaba la prueba del hecho básico afirmado en la demanda: que el Sr. R.R.P. sea realmente lo mismo que O.V.G., S.L., o que el crédito de O.V.G., S.L. es realmente del Sr. R.R.P. por ser éste quien lo compró mediante una persona interpuesta. Estima la sentencia que O.V.G., S.L. es una sociedad ajena a la concursada y al Sr. R.R.P., y no hay prueba alguna de que éste pagara el precio de la cesión del crédito; pese a que el Sr. R.R.P. admitió que había adquirido participaciones de O.V.G., S.L. abonando un millón y medio de euros, esto no justifica que fuera el Sr. R.R.P. quien compró el crédito al BBVA, ni que concurra un fraude de ley.

6. El recurso de apelación hace hincapié en los siguientes aspectos: el negocio de cesión del crédito hipotecario constituye un fraude de ley para evitar la subordinación del crédito que en realidad pertenece al Sr. R.R.P.; esta estrategia asegura al Sr. R.R.P. el cobro de su crédito contra la sociedad y evita la ejecución del aval contra su patrimonio, mientras que los créditos del socio Sr. R.L.R. (en realidad a favor de sus sociedades E.C.T., S.L. y M.P.S., S.L.) quedan subordinados; el Sr. R.R.P. inyectó dinero al Sr. R.C.G., suscribiendo acciones de O.V.G., S.L. SL, y el Sr. R.C.G. con ese dinero, compró el crédito al BBVA. Señala que a tenor de las cuentas anuales de O.V.G., S.L. se ha realizado una única ampliación de capital, en el año 2009, por importe de 76.928 euros, lo que desmiente las afirmaciones del Sr. R.R.P. y del Sr. R.C.G. en la vista. Invoca además, como norma defraudada, el art. 93.3 LC, que presume que son personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores (socios y administradores).

CUARTO. 7. La tesis de la demanda, a la que guarda fidelidad el recurso, es que con la operación de cesión del crédito hipotecario por el BBVA a O.V.G., S.L. se produce un fraude de ley, porque el Sr. R.R.P. es el verdadero cesionario-comprador y, de este modo, adquiere en el concurso la posición de acreedor privilegiado, soslayando la aplicación de la norma (art. 92.5 LC) conforme a la cual, por ser persona especialmente relacionada con la sociedad concursada (art. 93.2 LC), el crédito adquirido derivativamente sería subordinado.

8. La argumentación de la demanda y del recurso, en todo caso, falla en algunos aspectos. En primer lugar, el crédito personal del Sr. R.R.P. frente a la sociedad concursada, al parecer por importe de 797.057 € (nos informa de ello la propia concursada, no los demandantes), no es privilegiado, ni se pretende que lo sea, sino subordinado (art. 93.2 LC). Es un crédito personal generado por aportaciones o préstamos a la sociedad, y no está garantizado con la hipoteca, de modo que no hay razón para alegar que el Sr. R.R.P. se ha asegurado el cobro de sus créditos personales en perjuicio de los créditos del Sr. R.L.R. o de sus sociedades E.C.T., S.L. y M.P.S., S.L.

De otro lado, la cesión del crédito a O.V.G., S.L. no elimina el aval personal del Sr. R.R.P., pues el crédito se transmite con todos los derechos accesorios y garantías (hipoteca y aval) de conformidad con el art. 1528 CC, de modo que O.V.G., S.L., controlada por el Sr. R.C.G., puede ejecutar tanto la hipoteca como el aval en caso de impago.

Así mismo, invocar las cuentas anuales de O.V.G., S.L., con la intención de desvirtuar las afirmaciones de aportación al capital de esta sociedad por parte del Sr. R.R.P., no contribuye a sostener la tesis de la demanda: si las aportaciones al capital de O.V.G., S.L. por parte del Sr. R.R.P., por importe de 1.500.000 € según afirmó en su declaración, no se han realizado efectivamente, no cabría deducir, en presunción judicial, que el Sr. R.C.G., que controla O.V.G., S.L., adquirió el crédito hipotecario del BBVA (por medio de O.V.G., S.L.) con el dinero del Sr. R.R.P. (O.V.G., S.L. pagó al BBVA 1.741.421 €).

Con respecto a las alegaciones sobre la ampliación del crédito hipotecario (la demanda y el recurso mencionan este negocio como integrante de la estrategia fraudulenta del Sr R.R.P.), tampoco entendemos la insistencia sobre su irregularidad o fraude: la ampliación del préstamo se produce en el año 2006, a petición de la sociedad promotora, cuando no existía conflicto entre los dos socios y administradores mancomunados.

Finalmente, la norma defraudada, en el esquema del fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), no puede ser el art. 93.3 LC (a tenor del cual *“salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores...”*), porque el crédito no pertenecía originariamente a un socio o administrador de la concursada (art. 93.2 LC), sino a una entidad financiera, el BBVA, ajena por completo a la concursada y a sus socios y administradores.

QUINTO. 9. El artículo 6.4 del Código Civil, indica la STS de 30 de enero de 2006, sanciona lo que constituye una técnica de aplicación de la norma jurídica, integrada como tal en el *iura novit curia*, que tiene como consecuencia deshacer la apariencia de protección que un acto recibe de una norma de cobertura, para someterlo al *imperium* de aquella que se trató de eludir. A tenor de dicho precepto los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

El régimen del *fraus legis* (prosigue dicha sentencia) se aplica a aquellos actos, uno o varios, que reciben la cobertura de alguna norma, aunque sea básica o esté caracterizada por su generalidad, que los ampara o tolera, bien que de una manera insuficiente por ser otra su finalidad (Sentencias de 13 de junio de 1959, 10 de octubre de 1962, 14 de diciembre de 1972, 14 de mayo de 1985, 14 de febrero de 1986, 16 de marzo de 1987, 19 de octubre de 1987, 20 de mayo de 1988, 30 de marzo de 1988, 11 de octubre de 1991, 16 de octubre de 1991, 3 de noviembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 5 de abril de 1994, 23 de enero de 1999, 3 de julio de 1999 y 28 de septiembre de 2004) y que persiguen un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, considerado como un todo (según se expresa en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sancionó con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil); esto es, un resultado contrario a cualquiera de las normas que integran el ordenamiento, aunque resulten de una interpretación sistemática o de los mismos procedimientos de integración.

Por ello, el precepto no sanciona directamente con la nulidad el acto fraudulento, sino que provoca, como consecuencia inmediata, la aplicación de la norma que se quiso eludir porque prohibía el resultado perseguido o porque imponía otro distinto.

10. En consecuencia, el fraude de ley se hace realidad cuando se realiza un acto, o actos, con el propósito de conseguir un resultado prohibido por una norma imperativa o prohibitiva (norma vulnerada o soslayada), bajo el aparente amparo de otra norma (de cobertura) que regula ese acto y protege el resultado normal de él, de modo que, en realidad, no se quiere por las partes el acto formalmente realizado, que sólo es un instrumento de ocultación de la voluntad fraudulenta, generalmente a través de la técnica de la simulación negocial.

En este caso, en la tesis de la demanda, se simularía la adquisición del crédito, formalmente, por O.V.G., S.L., pero quien realmente lo habría adquirido es el Sr. R.R.P. La norma de cobertura sería la que regula la adquisición de créditos, y la norma vulnerada, o cuya aplicación se pretende eludir, es el art. 92.5 LC, que subordina en el concurso el crédito de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada (art. 93.2 LC). La sanción del acto fraudulento (art. 6.4 CC) sería el sometimiento del mismo a la norma defraudada, es decir, tal como se pretende, la subordinación del crédito.

Pero ello requiere la prueba de la premisa afirmada en la demanda: **que el verdadero adquirente del crédito hipotecario es el Sr R.R.P., que ha utilizado a O.V.G., S.L. como persona interpuesta para ocultar la verdadera titularidad del crédito, lo que a su vez implica que la sociedad adquirente está sometida a la dirección e intereses del Sr. R.R.P.**

11. Coincidimos con la sentencia en que **esta prueba no se ha logrado en el proceso**, y los hechos determinantes de su verosimilitud ni siquiera se revelaban a partir de la argumentación de la demanda y documentos acompañados.

O.V.G., S.L. es una sociedad perteneciente a un tercero, el Sr. R.C.G., cuyos intereses no tienen por qué identificarse con los del Sr. R.R.P., por más que ambos sean amigos. En la situación descrita de bloqueo de la junta y del órgano de administración, con problemas para continuar la actividad social y atender las cuotas del préstamo hipotecario, era lógica la búsqueda de un inversor, incluso de confianza, para evitar la ejecución de la hipoteca y del aval personal del Sr. R.R.P., y el interés económico del Sr. R.C.G., a través de O.V.G., S.L., justificaba suficientemente la operación de adquisición del préstamo en un contexto de ayuda financiera a la sociedad concursada. Aunque el dinero para pagar el precio de la cesión pudiera proceder de O.V.G., S.L., en la que previamente había invertido el Sr. R.R.P., no por ello debe concluirse que éste es el verdadero titular; lo es la sociedad O.V.G., S.L., en la que ninguna participación tiene el Sr. R.R.P., y es un tercero ajeno que puede ejecutar la hipoteca y el aval que garantizan el crédito, con independencia de sus relaciones con O.V.G., S.L. No vemos razón, en fin, para subordinar el crédito hipotecario por haberse realizado la operación financiera con la finalidad de eludir la aplicación del art. 92.5 LC.

Sobre la exclusión del crédito de 72.977 € a favor de E.C.T., S.L.

SEXTO. 12. Este alegado crédito, no reconocido en la lista, responde a las cantidades *estimadas* (así lo admite la demanda) para intereses y costas de la ejecución dimanante de un proceso monitorio contra la sociedad concursada.

La sentencia desestima la pretensión por **no haberse aportado la resolución judicial que aprueba la tasación de costas y la liquidación de intereses, y ni siquiera el auto que despacha la ejecución y fija en cálculo prudencial esas cantidades por tales conceptos.**

13. La actora, en prueba del crédito alegado, tan solo aportó un auto dictado por el Juzgado nº 44, de fecha 21 de marzo de 2011, que desestima un recurso de revisión y una petición de nulidad de actuaciones, en el procedimiento de ejecución de título judicial seguido con el nº 1410/10. Esta ejecución no ha sido negada por la parte demandada, tampoco la existencia de un auto que despacha ejecución, ni la cuantía de los indicados conceptos. Pero, aun así, la exclusión debe ser mantenida.

Desconocemos la fecha del auto despachando ejecución, pero suponemos que debió ser dictado avanzado el año 2010, al igual que el auto de declaración del concurso (cuya fecha también desconocemos, si bien el nº de procedimiento es 855/2010), y **no existe una resolución judicial que apruebe las costas de la ejecución ni la liquidación de intereses.** La cantidad invocada responde, por tanto, a la suma prudencial que, de modo provisional, ha de fijar el auto que despacha ejecución para cubrir las costas de la ejecución y los intereses que se devenguen durante la ejecución, conforme ordena el art. 575.1 LEC.

En este contexto, **no puede admitirse que el referido crédito se haya devengado, pues la ejecución debió quedar inmediatamente paralizada al ser declarado el concurso (art. 55 LC), de modo que no ha podido generar costas procesales, y desde ese mismo momento quedó suspendido el devengo de intereses (art. 59 LC).**

SÉPTIMO. 14. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a los apelantes (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 85/2013, de 27 de Febrero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En el marco de un incidente concursal sobre **impugnación de la lista y el inventario**, los déficits de acreditación documental de facturas, no pueden ser suplidos por una mera prueba testifical (parcial), para probar la existencia de un crédito entre dos empresas.

La AC debe prestar audiencia a la concursada al confeccionar la lista de acreedores del informe.

No es correcto separar dos créditos de dos empresas, como si fueran acreedores distintos, cuando se trata de la misma persona que ha cambiado su denominación social, con la consiguiente **uplicación del crédito**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. La concursada ARID., S.A. impugna la lista de acreedores y el inventario formulados por la Administración concursal (AC) por considerar incorrectamente incluido en la misma el crédito que se ha reconocido a favor de CARD., S.L.U., por las siguientes razones:

a) Además del crédito de 11.979,63 euros que se ha reconocido a CARD., S.L.U., también se ha reconocido otro de 1.452,44 euros a C.C., S.L., como si fueran dos acreedores distintos, cuando se trata de la misma persona que ha cambiado su denominación social y actualmente se denomina CARD., S.L.U. Con ello, se afirma, se está duplicando el crédito pues lo que antes era C.C., S.L. ahora es CARD., S.L.U.

b) Ni el crédito de 1.452,44 euros es correcto, por las razones dichas, ni tampoco lo es el reconocido a Cargo porque la concursada es titular de un contraderecho contra CARD., S.L.U. por importe de 15.758,14 euros, por lo que estima que el crédito debe considerarse compensado y excluido de la lista, a la vez que solicita que se incluya un derecho de crédito en el inventario por la diferencia, esto es, la cantidad de 3.778,51 euros.

2. El AC se allanó a la demanda incidental y expuso que si incluyó en la lista el crédito de 1.452,44 euros fue porque se encontraba incluido entre los acompañados a la solicitud por la propia concursada. Y si incluyó el crédito de CARD., S.L.U. fue porque el mismo lo insinuó. Nada dice, en cambio, respecto de la razón por la que incluyó tal crédito en su integridad sin tomar en consideración la alegación de la concursada sobre la existencia de un contraderecho a su favor.

3. CARD., S.L.U. se opuso en parte a la demanda alegando que no le puede ser imputable ninguno de los conceptos que la concursada le imputa. Que instaló las puertas en una nave industrial que la concursada estaba construyendo y atendiendo a su pedido. La instalación no presentó deficiencia alguna, si bien en el momento de llevarla a cabo el jefe de obra indicó que el color blanco con el que se habían pintado las puertas no era aceptado por el cliente y que debía modificarse por color plata, accediendo al cambio únicamente por razones comerciales. También alegó que no le puede ser imputada la decisión de la empresa de contratar a un vigilante de seguridad durante el mes de junio.

3. La resolución recurrida consideró acreditado tanto el cambio en la denominación del acreedor como el montante del propio crédito, si bien también estimó acreditada la existencia del crédito opuesto por la concursada y correspondiente a los daños y perjuicios que CARD., S.L.U. causó a la concursada por dos razones distintas: (i) el retraso injustificado en el cumplimiento, que le provocó un desembolso inútil en

una plataforma elevadora; y (ii) la incorrecta instalación de una de las puertas contratadas, que hubo de ser subsanada con posterioridad.

4. El recurso de CARD., S.L.U. se queja de que la resolución recurrida tuviera por acreditado que se produjo un error en el suministro de las puertas de un color distinto al contratado cuando no existen elementos de juicio sólidos que apoyen ese hecho. También niega que la puerta seccional 4500/5200 se hubiera entregado con medidas distintas o con defectos en los marcos. Tampoco admite que se le pueda hacer responsable del pago de la factura de una plataforma y del servicio de vigilancia por la simple manifestación de un empleado de la concursada. Y no se ha acreditado que la concursada haya pagado esas facturas ni tampoco que CARD., S.L.U. se haya retrasado en el montaje. Los actos de la propia concursada evidencian la inconsistencia de su reclamación, ya que no incluyó el crédito que dice ostentar contra ella entre los documentos acompañados a la solicitud de concurso, mientras que sí que incluyó el crédito que ostenta frente a ella CARD., S.L.U..

SEGUNDO. 5. Como punto de partida, debemos recordar que estamos ante un **incidente concursal sobre impugnación de la lista y el inventario. Lo que significa que previamente ha existido un procedimiento dirigido a la fijación de unos y otros en los que ha tomado la iniciativa la AC, que ha tenido ocasión de analizar la documentación de la concursada y escuchar de forma especial a la concursada, con cuya colaboración debemos suponer que ha contado. Si decimos esto es porque resulta sorprendente el objeto de este incidente, en el que la concursada plantea cuestiones que parecen completamente ajenas al trabajo desarrollado previamente por el AC, y en buena parte muy novedosas respecto, incluso, del propio trabajo elaborado por la concursada al instar el concurso, en el que ni siquiera hizo referencia a parte del crédito que ahora está pretendiendo ostentar contra su acreedor.**

6. No le falta razón a la recurrente cuando alega que los actos propios de la concursada se avienen mal con las conclusiones probatorias a las que ha llegado la resolución recurrida. En efecto, tiene mala explicación que la concursada, que pretende en la impugnación que ha dado origen a este incidente concursal ser titular de un crédito contra CARD., S.L.U. por daños y perjuicios de un importe superior al precio de los suministros efectuados (unas puertas de grandes dimensiones que colocó en una nave industrial que construía la actora), no incluyera ese crédito ni en su contabilidad ni en la relación que hubo de acompañar a su solicitud de concurso voluntario formulada varios años después de la presunta generación del mismo. Así se explica que el AC no tuviera noticias tampoco de la existencia del crédito al formular la lista y el inventario, pues el mismo ni existía en los documentos del concurso ni probablemente tampoco en la contabilidad de la concursada, pues en otro caso no tiene explicación.

7. Y la cuestión no deja de ser extraña si se considera que la concursada llegó incluso a expedir una factura contra CARD., S.L.U. en fecha 31 de enero de 2008 por importe de 10.527,19 euros, factura correspondiente a parte de los conceptos que ahora le reclama, concretamente, el alquiler de la plataforma elevadora y la vigilancia. Por consiguiente, parece que esa factura al menos sí que la asentó en su contabilidad, ya que la deuda que reconoció al formular la solicitud correspondía justo a la diferencia entre esa factura librada por su parte contra CARD., S.L.U. y la factura por el suministro de las puertas, que CARD., S.L.U. le venía reclamando sin éxito desde mucho antes de su instalación, ya que la entrega se había hecho con anterioridad a la instalación. **Queda sin explicación, por consiguiente, la reclamación adicional que formula en el incidente, correspondiente a los presuntos defectos derivados de la instalación. Lo razonable es que hubiera seguido el mismo proceder, esto es, que también la hubiera facturado. Es evidente que no lo hizo y que no dejó el menor reflejo de ese otro crédito en su contabilidad, lo que explica lo que expuso en su solicitud, que sin duda fue consecuencia del examen de su propia contabilidad.**

8. Si ésa ya es razón suficiente, a nuestro entender, para que ese crédito no pueda ser tomado en consideración, tampoco podemos ignorar el hecho de que **la instalación de las puertas se hizo durante el verano y el otoño de 2007 y las facturas de reparación acompañadas a la demanda son de un año más tarde, lo que nos impide poder apreciar que realmente lo que se produjera fuera una instalación incorrecta, como alega la actora incidental. Si realmente se produjeron defectos en la**

instalación, no se entiende que ello no generara ni siquiera una reclamación a la instaladora pidiéndole que los subsanara. La única prueba que la concursada ofrece sobre la existencia de esos defectos es la **testifical** del jefe de obra, el Sr. E.S., que, por más credibilidad que se le quiera conceder (si bien, no deja de ser un **testigo parcial**, pues trabajaba para la concursada en el momento de los hechos), **no creemos que sea prueba suficiente de ese hecho**.

9. Por otra parte, tampoco puede ignorarse el hecho de que la factura de 10.527,19 euros que la concursada opuso a CARD., S.L.U. es de fecha 31 de enero de 2008, esto es, de algunos meses más tarde de haber sido hecha la instalación, si hay que juzgar por su propia fecha, que no podemos considerar fijada por medio de ningún otro medio de prueba que nos permita considerarla cierta. **Queda sin explicación razonable por qué se produjo esta demora en la expedición de la factura y tampoco se explica bien que su creación no fuera acompañada de una reclamación a la parte explicativa de las razones a las que obedecía su expedición**. También es llamativo que no se hiciera referencia alguna a esta concreta factura en la respuesta dada por el letrado de la concursada Sr. David Ríos a la reclamación de pago hecha por los letrados de CARD., S.L.U. durante el mes de febrero de 2009, fecha en la que hay que presumir que ya debía existir. En la contestación del Sr. Ríos se hace referencia a la existencia del crédito de 15.758,14 euros, que aquí se está oponiendo, y se propone llegar a un acuerdo transaccional que diera por liquidada la cuestión. En definitiva, lo que sobreentendemos es que la parte, que reconoce adeudar, está queriendo negociar una rebaja, más que pretender que se le abone la diferencia.

TERCERO. 10. Si analizamos la documental aportada junto con la demanda, y con la que la concursada pretende justificar la existencia de su crédito, encontramos que es la siguiente:

a) Dos comunicaciones presuntamente libradas por el Sr. E.S., en su condición de Jefe de Obra de ARID., S.A., a CARD., S.L.U. C.C., S.L., en fecha 31 de mayo y 14 de junio de 2007 (docs. 2 y 3 de la demanda), en las que pone de manifiesto los retrasos que se están produciendo en la instalación de las puertas, que reconoce que ya ha entregado el acreedor previamente, a la vez que le comunica que han debido contratar una plataforma elevadora, necesaria para la instalación, y que están soportando su coste.

b) Una comunicación expedida por la Sra. A.M. que, según afirmó el Sr. E.S., era la abogada de la concursada, datada el 2 de julio de 2007, en la que se da respuesta a la reclamación de pago que previamente le había cursado CARD., S.L.U. de una factura de abril, correspondiente a la cantidad impagada. En ella les indica que procederán a "retener los pagos" hasta tanto no se les cambien las puertas colocadas de un color distinto al solicitado y se le suministre otra puerta pendiente de entrega. En 18 de septiembre se produce otra comunicación de la Sra. A.M. de similar contenido, aunque relativa a una factura distinta, de 5.800 euros, que no se reclama en el proceso concursal, probablemente porque se hizo efectiva antes de la declaración del concurso. Otra comunicación, de fecha 8 de noviembre, insiste en los mismos argumentos refiriéndose esta vez a la reclamación de los 11.979,63 euros, igual que la comunicación de 2 de julio de 2007.

c) Dos facturas de I., de 25/9/2008 y 28/11/2008, presuntamente relativas a los trabajos de reparación de la puerta que se afirma incorrectamente instalada por CARD., S.L.U.

11. A ello hay que unir la testifical del Sr. E.S., que fue muy pródigo en detalles. Entre ellos hizo referencia a la razón por la que había escrito las comunicaciones de fecha 31 de mayo de 2007 y 14 de junio de 2007, esto es, que le pidió la abogada de ARID., S.A. (hay que suponer que la Sra. A.M.) que lo hiciera. Por consiguiente, si la razón por la que esos documentos se crearon fue ésa que el Sr. E.S. confesó, resulta muy dudoso que la fecha fuera la que los documentos expresan y también resulta muy dudoso de que en realidad su apariencia se corresponda con la realidad, esto es, que se trate de verdaderas comunicaciones libradas por ARID., S.A. a CARD., S.L.U. en el ámbito de la normal relación comercial que se produce en el tráfico comercial cuando surge una incidencia.

Y decimos que la fecha resulta muy dudosa porque no tenemos datos que nos permitan pensar en que en esa fecha el conflicto existente entre las partes hubiera podido alcanzar un grado tal que las partes pudieran pensar en la necesidad de preconstituir prueba, de manera que no es descartable que la creación de esos documentos se hiciera en fecha muy posterior o incluso que se hayan preconstituido pensando en este proceso. El hecho de que el documento sea tan explícito en detalles se aviene mal con

la circunstancia de que la parte no haya acreditado que efectivamente lo remitió a su destinataria, cuando el contenido del documento invita a pensar en que se estaba haciendo un requerimiento formal. Curiosamente, en cambio, no existe la menor prueba de que se intentara la remisión a su destinatario aparente.

Ello nos hace dudar también de la credibilidad de lo que se afirma en dichos documentos y también de la testifical del Sr. E.S., esto es, de los únicos medios de prueba que permiten fundar la idea de que pudiera haber existido el retraso que la concursada imputa a CARD., S.L.U. en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por consiguiente, no podemos compartir con la resolución recurrida que esté acreditado que CARD., S.L.U. incumpliera las obligaciones asumidas con la concursada.

CUARTO. 12. Por otra parte, tampoco existe prueba concluyente respecto de cuál era el momento en el que debía cumplirse el contrato, ni sobre cuál fue la fecha de cumplimiento efectivo. Todo lo que podemos valorar es lo que el Sr. E.S. ha narrado, que parece estar ratificado por lo que el propio Sr. E.S. exponía en esos documentos a que antes nos hemos referido.

13. Y tampoco tenemos prueba concluyente de que las puertas suministradas por CARD., S.L.U. fueran de un color distinto al solicitado. Todo lo que tenemos, una vez más, es lo declarado por el Sr. E.S., que parece ratificado por la circunstancia de que CARD., S.L.U. terminara finalmente procediendo a cambiar los paneles de color blanco por otros de color plata, accediendo a las solicitudes de ARID., S.A. Pero de ello no cabe deducir que fuera CARD., S.L.U. quien incurriera en el error, como ha estimado acreditado la resolución recurrida, pero no admite la demandada, que alega que si accedió al cambio fue exclusivamente por razones comerciales, esto es, porque quería cobrar la factura pendiente, que se negaba a pagarle el cliente, y porque quería conservar la relación con él.

El propio Sr. E.S. afirmó en su declaración que la concreción del color se hacía por escrito, no de forma verbal, y lo cierto es que los únicos documentos que se han aportado a las actuaciones en los que se hace referencia al color son los pedidos iniciales, en los que se hizo constar como color el blanco. Por consiguiente, no basta con la afirmación de ARID., S.A. de que después cambió el color para estimar acreditado ese hecho sino que le era exigible a la concursada que acreditara cuándo y cómo hizo el cambio para poder estimar que se produjo este incumplimiento contractual en este punto.

Y, por otra parte, tampoco puede olvidarse que la entrega de la puerta se hizo en la obra en 24 de abril de 2007, razón por la que el color (blanco) ya le debía resultar conocido a ARID., S.A. Por consiguiente, es mucho más creíble lo que declaró en el acta de la vista el testigo Sr. A.M.M., esto es, que fue el cliente de ARID., S.A. quien puso objeciones al color en el momento del montaje. Ello nos permite descartar que se entregara una puerta de color distinto a la solicitada.

14. Algo similar ocurre con los presuntos defectos de instalación de la otra puerta, la seccional (477X5320HL7900). Aunque es cierto que se ha aportado la factura correspondiente a una reparación efectuada un año más tarde, no creemos que la misma sea suficiente para estimar que efectivamente se produjo el referido defecto e imputarlo al trabajo desarrollado por CARD., S.L.U. Y no lo creemos porque la parte no ha acreditado la existencia de ningún parte de incidencia, esto es, de que formulara reclamación a CARD., S.L.U. alguna relacionada con una instalación incorrecta, como es corriente que hubiera ocurrido.

QUINTO. 15. De lo que llevamos expuesto se deriva que tampoco es procedente la reclamación por los gastos derivados del establecimiento de un servicio permanente de seguridad. Varias razones justifican que este concepto no sea trasladable: (i) que no está acreditado que haya existido incumplimiento contractual; (ii) que tampoco está acreditado que, aunque hubiera existido el referido incumplimiento contractual, hubiera existido el daño que se reclama, esto es, que se llegara efectivamente a pagar las facturas que se afirman pagadas por este concepto, ya que la parte solo ha aportado a las actuaciones su propia factura no las facturas que han justificado ese cargo; y (iii) por último, no se ha acreditado que, en el caso de que se hubiera acreditado el pago, este gasto sea imputable al eventual incumplimiento contractual de CARD., S.L.U..

16. No basta con la factura unilateral expedida por ARID., S.A. meses más tarde en la que se afirma haber pagado este concepto, cuando ni siquiera se han aportado a las actuaciones documentos que acrediten el pago o bien el requerimiento de su exigencia a CARD., S.L.U.. Y, desde luego, no creemos que esos déficits de acreditación puedan resultar suplidos por el testimonio del Sr. E.S., por más convincente que nos pudiera parecer.

17. En suma, no podemos considerar acreditada la existencia de crédito alguno que ARID., S.A. pueda oponer o reclamar a CARD., S.L.U. Por consiguiente, la única modificación que debemos ordenar efectuar en la lista es la relativa a la supresión del crédito de 1.452,44 euros reconocido por error a C.C., S.L., ordenando mantener el reconocido a CARD., S.L.U. por la cantidad de 11.979,63 euros.

SEXTO. 18. Estimada en parte la demanda, no hacemos imposición de las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC).

19. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 107/2013, de 13 de Marzo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La **función del administrador concursal** consiste en determinar los créditos de la masa pasiva, y no puede dejar de hacerlo con el pretexto de que el crédito le parezca dudoso o no resulte reconocido previamente por la concursada.

Son indicios para acreditar la **existencia de incidencias**, pruebas indirectas en que se evidencian las mismas, como un acuerdo entre las partes o comunicados varios, así como una multitud de reclamaciones proferidas.

Las **incidencias** devienen un cumplimiento defectuoso del contrato, y comportan una existencia de daño, sobre todo, si con anterioridad el autor lo ha reconocido.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el conflicto

1. T.P.C., S.A., T.G., S.A., T.P.A., SAU, E.T., SAU, T.A.M., S.A., T.A.M., S.A. y T.A. C.M., S.A. impugnaron la lista de acreedores formulada por la Administración concursal (AC) pretendiendo la inclusión en la misma de sendos créditos correspondientes a incidencias ocurridas en la ejecución del contrato de 28 de agosto de 2006 de cesión de los derechos audiovisuales para la emisión de partidos de Segunda División y los resúmenes durante la campaña 2008/2009.

Las diversas incidencias que, según expone la demanda, habrían originado los créditos cuya inclusión en la lista se solicita son de los siguientes tipos:

- a) Entrega de señal "manchada" para la elaboración de los resúmenes, esto es, con la aparición del logotipo de Canal Plus y otras plataformas de pago.
- b) La ausencia de entrega de señal respecto de algunos partidos a fin de poder elaborar los resúmenes.
- c) Por la emisión de más de un partido en abierto de Primera División a través de la cadena La Sexta, que entraban en colisión con las emisiones de Segunda División.
- d) No haber podido emitir algunos partidos de Segunda División por no haberse respetado el orden de elección establecido en el contrato.

También expone la demanda que los diversos organismos de las televisiones autonómicas remitieron a MED., S.L. hasta 39 comunicaciones distintas de incidencias durante toda la temporada a través de la FOR., organismo que las agrupa y que MED., S.L. realizó diversos actos de reconocimiento de las mismas.

2. La AC y la concursada se opusieron a la demanda negando que sea cierto que se hayan reconocido incidencias de la temporada 2008/2009, así como la existencia de crédito alguno por este concepto.

3. La resolución recurrida consideró acreditadas parte de las incidencias por las que se reclama y estimó en parte la demanda reconociendo el crédito derivado de las mismas como crédito concursal ordinario.

4. El recurso de MED., S.L. se funda en los siguientes motivos:

- a) El incidente concursal de impugnación del informe no constituye cauce adecuado a través del cual ejercitar la pretensión de declaración de incumplimiento contractual por parte de la concursada.
- b) Inexistencia de incidencias indemnizables en la campaña 2008/2009.
- c) Caso de existir las incidencias, de las mismas no se deriva que pueda considerarse que haya existido incumplimiento contractual.
- d) No está acreditado que de las incidencias se haya derivado daño alguno para las televisiones autonómicas.

SEGUNDO. Sobre el cauce adecuado para la determinación de un crédito controvertido en el concurso

5. El primer motivo del recurso denuncia la inadecuación del incidente de impugnación de la lista para ejercitar una pretensión de incumplimiento contractual e imputa a la resolución recurrida que ha incurrido en error al considerar que sea procedimiento adecuado para determinar los daños y perjuicios derivados de un presunto incumplimiento contractual, su cuantificación y la inclusión en la lista. En su opinión, el crédito cuya inclusión en la lista se solicita no existía con anterioridad a la declaración del concurso, lo que constituye presupuesto para su inclusión en la lista, razón por la que procedía desestimar la demanda.

6. Las actoras, ahora recurridas, se oponen al recurso aduciendo que el objeto del incidente es el que expresa el art. 96 LC, esto es, el reconocimiento y clasificación del crédito y que la falta de reconocimiento previo por la concursada o la ausencia de una reclamación judicial previa no pueden ser argumento para privar a los acreedores del cauce del incidente de impugnación de la lista para conseguir la inclusión de su crédito. También alegan que los créditos de responsabilidad civil no tienen carácter constitutivo sino declarativo y fue debidamente comunicado por cada una de las televisiones autonómicas que impugnan la lista.

Valoración del tribunal

7. Como punto de partida hemos de decir que ninguna de las demandas acumuladas en el presente incidente ejercita una acción de resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento contractual de la concursada, aunque las actoras podrían haberlo hecho. En tal caso no nos encontraríamos ante un incidente de impugnación de la lista sino ante una acción autónoma, con las consecuencias a ello anejas. Pero lo cierto es que lo que las actoras han ejercitado ha sido exclusivamente un incidente de impugnación de la lista solicitando la inclusión de un crédito que habían insinuado y que la AC no consideró oportuno incluir en la lista.

8. Tienen razón las recurridas cuando argumentan que para la inclusión en la lista de un crédito de responsabilidad no resulta indispensable que el mismo haya sido determinado por virtud de una sentencia y que el pronunciamiento no tiene, respecto de este crédito, carácter constitutivo sino meramente declarativo. Por consiguiente, **la existencia del crédito no surge cuando ha sido declarado sino que**

dimana del propio incumplimiento contractual y es previa a la existencia del proceso en el que luego, eventualmente, pueda ser fijado.

9. Tampoco podemos compartir con la recurrente y con la AC que para la existencia de un crédito de este tipo, esto es, un crédito de cuantía ilíquida, resulte indispensable que se ejercite una acción autónoma, de forma que el procedimiento concursal de reconocimiento de crédito no resulte adecuado para la fijación del mismo. No creemos que sea así, si bien no podemos dejar de reconocer que existen opiniones en otro sentido. Hasta tres formas distintas de ver este problema se pueden mencionar:

a) Algunas resoluciones estiman que el acreedor está forzado a llevar a cabo una doble actuación: (i) de una parte, deberá interponer una demanda declarativa frente al deudor, que se tramitará ante el juez del concurso por el cauce del incidente concursal, si bien se trata de una acción declarativa autónoma; (ii) de otra deberá insinuar su crédito en el concurso como contingente. Tal es el caso de la SAP Pontevedra de 26 de junio de 2008.

b) Otras, en cambio, entienden que basta que el acreedor haya comunicado en el plazo legalmente establecido su crédito liquidado, a través de los parámetros que le resulten conocidos. Y ante su no reconocimiento o reconocimiento parcial podrán acudir al incidente de impugnación de la lista (SAP Jaén de 1 de febrero de 2010).

c) Una postura intermedia está representada por la Sentencia de la AP Madrid de 12 de marzo de 2010, que si bien no deja de apuntar la necesidad de plantear una acción autónoma, no deja de pronunciarse en el incidente impugnatorio sobre la procedencia de la reclamación.

10. En nuestra opinión, no creemos que le pueda ser exigible al acreedor la utilización de la doble vía impugnativa. Que resulte admisible esa doble vía, porque nuestro ordenamiento no ha prohibido el ejercicio de acciones autónomas contra el patrimonio del concursado tras la declaración del concurso, no significa que deba ser exigida su utilización para el reconocimiento del crédito, cuando la posibilidad de esa doble vía de reconocimiento más comporta un problema que una solución porque supone la admisión de dos procedimientos declarativos con un mismo objeto: (i) de una parte el procedimiento concursal de reconocimiento del crédito; y (ii) de otra, la acción autónoma. Es cierto que, por lo común, la coordinación entre ellos se consigue a través de la institución de la calificación del crédito como contingente, pero no pueden excluirse supuestos en los cuales no se lleve a cabo esa calificación y se acaben reconociendo situaciones firmes entre sí irreconciliables.

11. Por otra parte, la doble vía tendría sentido si el incidente de impugnación de la lista tuviera una tramitación distinta a la de la acción autónoma, pero no es eso lo que ocurre en nuestro ordenamiento en el que la tramitación en ambos casos es la misma, la propia del incidente concursal. Por consiguiente, esa dualidad de procedimientos no solo es perturbadora sino que, además, resulta antieconómica, porque obliga a las partes a un doble esfuerzo con un objetivo único.

12. También justifica nuestra posición que entendamos que el procedimiento intraconcursal de reconocimiento de los créditos, aun cuando atribuya un papel determinante a la AC, no por ello deja de ser un procedimiento declarativo de determinación, calificación y clasificación de los créditos. El rol que en el mismo se atribuye a la AC es de carácter cuasi-jurisdiccional, como resulta de la circunstancia de que los créditos determinados por este órgano puedan llegar a alcanzar una eficacia similar a los que determina una resolución judicial, esto es, su inatacabilidad. Por consiguiente, **el rol de la AC dentro de este procedimiento no consiste en constituirse en meros notarios de la existencia de los créditos ya determinados sino que su función consiste precisamente en determinarlos, lo que es de especial interés en los créditos de responsabilidad.**

13. Esa función cuasi-jurisdiccional de la AC se complementa con la posibilidad de acudir a la impugnación judicial, de manera que termina siendo el juez del concurso quien tiene la última palabra en la determinación, calificación y clasificación del crédito. Pero última palabra no equivale a única palabra. La función de la AC exige que sea ella quien se pronuncie respecto de todos los extremos propuestos por el acreedor con su insinuación o comunicación del crédito, esto es, tanto sobre la existencia como la calificación y clasificación. Por consiguiente, **no puede dejar de hacerlo con el pretexto de que el crédito le parezca dudoso o no resulte reconocido previamente por la concursada, lo mismo que**

tampoco al juez le está permitido dejar de resolver sobre el fondo pretextando falta de prueba (*non liquet*).

14. Por consiguiente, acierta la resolución recurrida cuando, si bien se limita a pronunciarse sobre la inclusión en la lista, en realidad, y por exigencia de esa misma pretensión, se termina pronunciando sobre la propia existencia del crédito. No solo es que creamos que pudiera hacerlo el juez *a quo* sino que consideramos que estaba obligado a hacerlo.

TERCERO. Sobre la existencia de incidencias

15. El segundo motivo del recurso cuestiona el juicio de fondo y alega que no existen incidencias indemnizables a las actoras en la temporada 2008/2009.

16. La resolución recurrida consideró sobre este particular que resultaban acreditadas las incidencias por las que las actoras reclaman con base en las siguientes razones:

a) La existencia de hasta 39 reclamaciones distintas con diversas incidencias correspondientes a cada jornada de la Liga, entre septiembre de 2008 y junio de 2009, remitidas por la FOR. a MED., S.L. y sin que ésta las cuestionara.

b) El acuerdo alcanzado por las partes el 25 de marzo de 2009 por el que se liquidaron las incidencias de la temporada anterior (2007/2008) en el que se recogió una expresión relativa a las incidencias de la temporada 2008/2009 que por su contexto cabe interpretar en el sentido de que ambas partes contemplaron la existencia de incidencias también en esa temporada y que se comprometían a concretar sus importes y a liquidarlas.

c) Las comunicaciones remitidas por MED., S.L. a FOR. los días 7, 8 y 12 de mayo de 2009, en las que también vendría a reconocer la existencia de tales incidencias.

17. El recurso de MED., S.L. cuestiona cada una de esas razones y también la conclusión alcanzada, con los siguientes argumentos:

a) El simple hecho de que existan las reclamaciones no acredita la existencia de las incidencias y no es cierto que no contestara a las reclamaciones sino que lo hizo tanto por escrito como por vía telefónica.

b) El compromiso alcanzado en el acuerdo de 25 de marzo de 2009 se refería a las incidencias que se produjeran a partir del mismo.

c) Si bien es cierto que en algunas comunicaciones afirmaba que no habían existido incidencias de relevancia durante la temporada 2008/2009, ello no significa, como ha deducido el juzgado mercantil, el reconocimiento de la existencia de incidencias.

d) No es cierto que existan actos propios de reconocimiento de incidencia por el hecho de la emisión de más de un partido en directo y abierto. Y no es razonable que el juez extrapole los términos de un acuerdo alcanzado bajo unas circunstancias temporales concretas a cualquier otra circunstancia acaecida con posterioridad.

e) Si bien es cierto que aceptó suspender el cobro de una única factura de las televisiones autonómicas hasta verificar la realidad de las incidencias, ello no fue más que un acto de buena fe, no un reconocimiento de su incumplimiento contractual.

18. La recurrida se opone a este motivo de recurso alegando lo siguiente:

a) La valoración de la prueba es privilegio del juzgador "a quo" y no le compete a la Sala ni a las partes sustituir esa valoración por la propia, salvo en los casos en los que esa valoración fuera ilógica o arbitraria.

b) No es cierto que negara la existencia de las incidencias comunicadas sino que únicamente dio respuesta a una de ellas, la relativa a la emisión de más de un partido en abierto.

c) El acuerdo alcanzado el 25 de marzo de 2009 es un acto inequívoco de reconocimiento de las incidencias.

Valoración del tribunal

19. No compartimos el criterio de la recurrida sobre las presuntas limitaciones del órgano "ad quem" en el recurso de apelación para revisar el juicio de hecho realizado por el órgano "a quo". Las únicas limitaciones que tiene son las que deriven de los concretos motivos del propio recurso. A diferencia de lo que ocurre en el recurso de casación, que como regla excluye la cuestión de hecho, el recurso de apelación permite cuestionar tanto el juicio de hecho como de derecho con igual plenitud. Así resulta del art. 456.1 LEC, cuando hace referencia a "*mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal...*". Aunque no desconocemos que un sector de la jurisprudencia menor no sigue ese criterio, no creemos que la doctrina del Tribunal Supremo que se cita, por lo común referida al recurso de casación, lo justifique.

20. **Compartimos el criterio del juzgado mercantil. La valoración conjunta de todos los hechos que la resolución recurrida ha tomado en consideración conduce a estimar acreditada la existencia de incidencias también durante la temporada 2008/2009, igual que ocurriera durante la campaña anterior. El acuerdo que las partes alcanzaron el 25 de marzo de 2009 relativo a las incidencias de la temporada 2007/2008 evidencia que también en ésta se produjo desencuentro entre las partes por la misma cuestión, razón por la que los términos en los que las partes zanjaron esas diferencias constituyen un antecedente de un valor extraordinario para resolver la cuestión relativa a las incidencias de la campaña siguiente.**

21. Confirman lo dicho las comunicaciones remitidas por MED., S.L. T., E.T. y a FOR. los días 7, 8 y 12 de mayo de 2009. En ellas MED., S.L. reprocha a las dos televisiones autonómicas que le estén reteniendo los pagos con el pretexto de esas incidencias, admite que ya han tenido contactos para hablar de las mismas (que no cuestionan) y aduce que su importe sería de cuantía muy inferior a los pagos retenidos. Y, como muestra de su buena disposición para negociar la deducción por esas incidencias que le están oponiendo las televisiones, se remite al acuerdo de 25 de marzo, que califica como prueba de su buena disposición para discutir.

Por consiguiente, es la propia MED., S.L. la que con esas menciones establece el paralelismo entre las incidencias de la temporada 2008/2009 con las de la temporada anterior y quien de alguna forma está prometiendo a las partes que la solución que se dé a ese problema será similar. Por ello no puede pretender ahora que no existe paralelismo alguno y que tampoco existen actos propios.

22. Tampoco es despreciable el valor probatorio derivado de la existencia de hasta 39 reclamaciones distintas dirigidas por las televisiones autonómicas a MED., S.L. a través de FOR., porque las mismas son indicativas de la confianza, al menos por parte de las televisiones, que tenían derecho a reclamar a MED., S.L. por ello. Frente a ello, MED., S.L. no reaccionó de forma clara, esto es, deshaciendo las expectativas que esas reclamaciones generaban; sino que al menos de forma tácita puede decirse que las alentó, pues sus escasas referencias a ellas que han resultado probadas son indicativas de que, cuando menos, el tema lo consideraba negociable, lo que en este contexto podemos considerar que equivale a un reconocimiento de la existencia de la incidencia y que únicamente restaba por determinar sus consecuencias.

CUARTO. Sobre si las incidencias apreciadas constituyen incumplimiento contractual

23. El tercero de los motivos del recurso de MED., S.L. cuestiona que las supuestas incidencias producidas durante la temporada 2008/2009 hayan supuesto incumplimiento contractual así como que hayan causado daños a las actoras. Afirma la recurrente que, incluso en el caso de que se apreciase que MED., S.L. había incumplido el contrato, no por ello podría ser condenada a cantidad alguna porque las actoras no han probado que se les haya causado daño alguno.

Entre las cuestiones concretas con las que se justifica esa apreciación deben distinguirse razones de carácter muy distinto: (i) de una parte, las que tienen carácter general, esto es, son aplicables a las diversas incidencias; (ii) de otra, las relativas a cada una de las incidencias concretas.

Por razones sistemáticas, nos ocuparemos en este fundamento de las primeras y dejaremos las segundas para los fundamentos siguientes, en los que las analizaremos con la debida diferenciación.

24. Entre las razones de carácter general que nos proponemos examinar en este apartado se encuentran las siguientes:

- a) El informe pericial con el que las actoras han pretendido probar su daño no merece credibilidad por no reunir las características básicas de todo informe pericial, profesionalidad e imparcialidad, ya que quien lo emite trabaja para la FOR. y no acredita su cualificación.
- b) Las bases adoptadas en el acuerdo de 25 de marzo de 2009, que el perito toma en consideración, no pueden ser extrapoladas a otras circunstancias o supuestos distintos a los transaccionados.

25. Las recurridas se opusieron alegando que MED., S.L. había tenido ocasión de aportar a las actuaciones un informe pericial contradictorio y no lo ha hecho, que el perito ostenta la titulación de ingeniería y que el hecho de trabajar para FOR. privaba de validez a su informe.

Valoración del tribunal

26. No creemos que ninguna de las razones que el recurso expone nos puedan llevar a cuestionar el valor probatorio de la pericial del Sr. Jiménez, que no ha ocultado su relación con las actoras, un dato que, si bien puede lastrar el valor probatorio de su informe pericial, no lo hace hasta el extremo de que debamos privarle de toda eficacia, particularmente cuando la recurrente no se ha preocupado de aportar otro que nos permita conocer en qué cuestiones concretas resulta discutible.

27. Tampoco nos parece irrazonable que el perito parta en su informe de las bases fijadas por las propias partes en su acuerdo transaccional de 25 de marzo de 2009. Lo que resultaría sorprendente es que no lo hiciera, particularmente cuando no resulta fácil acudir a otros criterios mejores que los fijados por las propias partes. Es cierto que esas bases fueron fijadas exclusivamente para resolver el conflicto originado durante la temporada anterior, de lo que se deriva que no necesariamente tienen que resultar adecuadas para resolver el conflicto planteado en la temporada siguiente. No obstante, parece incuestionable que al menos constituyen un buen punto de partida a partir del cual introducir los parámetros que nos permitan adaptarlas a la nueva situación. Pero lo cierto es que la recurrente se ha limitado a cuestionar esa adecuación pero no ha ofrecido detalles sobre cuáles son los parámetros que hacen distinto el conflicto surgido en la temporada 2008/2009, razón que nos debe llevar a considerar que las bases del acuerdo previo constituyen un sólido fundamento a partir del cual resolver este conflicto porque no se nos han ofrecido datos que nos permitan pensar que las circunstancias han variado sustancialmente, al contrario de lo que sostiene MED., S.L..

28. Sobre si las incidencias suponen o no incumplimiento contractual y comportan daño preferimos pronunciarlos cuando nos refiramos de forma concreta a cada una de ellas, cosa que haremos en los fundamentos inmediatamente siguientes.

QUINTO. Sobre la señal manchada

29. De las diversas incidencias objeto de reclamación el recurso únicamente hace referencia a dos: (i) la señal manchada y (ii) los partidos de Segunda División que no pudieron ser emitidos. Por consiguiente a ellas limitaremos nuestra exposición, aceptando la idea de que la recurrente no cuestiona las demás.

30. La resolución recurrida consideró acreditada la existencia de la incidencia consistente en que la señal que MED., S.L. facilitaba a las actoras se encontraba con el logotipo de otras plataformas de televisión (Canal Plus o PPV). Y también consideró que la misma comportaba un cumplimiento defectuoso del contrato, al estimar que la exigencia de que se tratara de una señal "limpia" debe considerarse como una obligación insita en el contrato. El valor de esta incidencia se cuantificó en 401.250 euros para todas las televisiones reclamantes.

31. El recurso de MED., S.L. estima que:

- a) Las actoras no han acreditado que MED., S.L. entregara la señal manchada a las televisiones autonómicas.

- b) Caso de haberse entregado señal manchada, la misma no constituiría incumplimiento contractual.
- c) No se prueba cuál es el daño que ello le ha originado.
- d) La valoración económica de esta incidencia es arbitraria.

32. Reitera una vez más la parte su alegación de falta de prueba. No obstante, los datos que indican que esta incidencia se produjo son numerosos: de una parte, el informe pericial del Sr. Jiménez; de otra, la propia conducta de MED., S.L., que no la negó cuando recibió múltiples reclamaciones relativas a ella; además, otros actos propios de MED., S.L., que más arriba ya hemos analizado.

33. **Tampoco compartimos que esa incidencia no suponga un cumplimiento defectuoso del contrato y la mejor muestra de ello está constituida por los actos propios de MED., S.L., que la indemnizó en la temporada anterior a la que ahora se reclama.**

34. No compartimos que no se haya acreditado la existencia de daño porque el mismo está en la propia naturaleza de las cosas. Las televisiones autonómicas se veían forzadas a emitir las imágenes cedidas que incorporaban logos de otras cadenas de la competencia, lo que sin duda que tiene trascendencia desde la perspectiva de su prestigio e imagen comercial. También los actos propios de MED., S.L., indemnizando esta incidencia en la temporada anterior, son buena muestra de ello.

35. Por último, no creemos que sea arbitraria la valoración económica de esta incidencia, practicada con base en el único informe pericial que se ha aportado a las actuaciones y que, a su vez, toma como referencia los criterios aplicados para valorarla la temporada anterior.

SEXTO. Partidos de Segunda División que no pudieron ser emitidos

36. El último de los motivos del recurso se queja de que la resolución recurrida haya estimado acreditada también una segunda incidencia, la relativa a la elección de los partidos de Segunda División. Estima MED., S.L. que la aplicación del principio "quien calla otorga" no es una forma adecuada de acreditación de un hecho, con lo que cuestiona la valoración probatoria del juzgado mercantil, que ha tomado como única referencia para estimar acreditada esta incidencia la falta de respuesta de MED., S.L. a las reclamaciones de la FOR..

37. Las mismas razones que hemos expuesto en el fundamento anterior nos llevan a desestimar también este motivo. No podemos ignorar el hecho de que la relación entre MED., S.L. y las televisiones autonómicas era una relación comercial de carácter continuado y que hemos de presumir que se encontraba presidida por el principio de la mutua confianza. Por esa razón, hace bien la resolución recurrida al atribuir efectos jurídicos a la falta de respuesta de MED., S.L. a las reclamaciones de las que estaba siendo objeto.

SÉPTIMO. Costas

38. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 393/2013, de 30 de Octubre de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: Según el artículo 84 LC, el momento determinante de la clasificación de los créditos es la declaración de concurso, fecha de referencia para tales cuestiones a lo largo del

procedimiento concursal.

La **letra de cambio** válida no es susceptible de ser crédito contingente del artículo 87.3 LC, ya que continúa siendo un título de crédito privilegiado, y no necesita de confirmación o reconocimiento en sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La demandante incidental, E. P., S.L., apela contra la sentencia del juzgado mercantil que desestimó su impugnación de la lista de acreedores de la concursada, HOT. PIT., S.L.

La administración concursal (AC) había considerado el crédito de la demandante como crédito contingente por 0 euros y E. P., S.L. solicitó ante el juzgado que le fuera reconocido un crédito por importe total de 191.320 euros, de los cuales, 95.660 euros serían crédito con privilegio general, por tratarse del acreedor instante del concurso (artículo 91.7 de la Ley concursal, LC), y los 95.660 euros restantes, crédito ordinario (artículo 89.3 LC). E. P., S.L. reitera esa petición en la segunda instancia.

2. La sentencia del juzgado expone unos antecedentes que las partes no discuten:

a) E. P., S.L., el 5 de octubre de 2011, presentó solicitud de concurso necesario de HOT. PIT., S.L. y aportó como documento justificativo de su crédito una letra de cambio por importe de 191.320 euros librada por la concursada –no nos constan más datos sobre la letra, que no ha sido aportada por copia a estas actuaciones incidentales-.

b) El día 14 de octubre de 2011 se declaró el concurso necesario de HOT. PIT., S.L.

c) En fecha 24 de octubre de 2011, es decir, después de la solicitud de concurso y antes de la declaración, unos socios de HOT. PIT., S.L., los Sres. R.L.R y E.F.L., presentaron una querrela criminal contra E. P., S.L. y su entonces administrador, Sr. M.R.H., por delito de apropiación indebida y/o delito societario. Según los querellantes, E. P., S.L. nunca habría prestado servicios para HOT. PIT., S.L. y, por tanto, no existiría el crédito representado por la letra. Los querellados habrían actuado en connivencia.

d) La querrela fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción número 5 de Gavà, el 3 de noviembre de 2011, en las diligencias previas número 1215/2011. No consta el estado actual del procedimiento penal.

e) La AC, en su informe, calificó el crédito de E. P., S.L. como contingente por 0 euros, con fundamento en la existencia del procedimiento penal.

3. En primer lugar, debemos compartir la consideración de la sentencia del juzgado mercantil conforme a la cual, el **momento determinante de la clasificación de los créditos por parte de la AC es el de la declaración de concurso, fecha de referencia para tales cuestiones a lo largo del procedimiento concursal (así, la norma del artículo 84 LC, citada por la Sra. magistrada), pese a la dicción del artículo 94 de la LC**. La doctrina y los tribunales lo han venido entendiendo así. En consecuencia, debemos rechazar el argumento formulado en la demanda y reiterado en el recurso basado en esta objeción.

4. El artículo 87.3 LC establece: *“Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”*.

En el caso, la AC ha conceptuado el crédito como contingente por considerarlo litigioso. Sin embargo, en nuestro criterio no estamos ante el supuesto de crédito litigioso previsto en el artículo 87.3 LC, es decir, de crédito requerido de confirmación o reconocimiento en sentencia, crédito incierto en la medida que su

existencia no constará hasta que no sea reconocido en el procedimiento en que se plantea y, por tanto, con tratamiento equiparado a un crédito sometido a condición suspensiva.

La letra de cambio es, en sí misma, un título de crédito dotado de autonomía. Aunque, a diferencia del régimen de la Ley de enjuiciamiento civil anterior, en la actualidad un título cambiario no sea un título ejecutivo, es decir, un título que abre el procedimiento de ejecución judicial, sino un título que abre el juicio cambiario –las normas de la Ley cambiaria y del cheque invocadas por la recurrente deben interpretarse de acuerdo con la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) vigente-, la letra –y el pagaré y el cheque- que reúna los requisitos de la Ley cambiaria continúa siendo un título de crédito privilegiado. El hecho de que, conforme al artículo 67 de la Ley cambiaria y del cheque, el obligado cambiario pueda oponer al tenedor, en el juicio correspondiente, las excepciones basadas en sus relaciones personales con él –y, entre ellas, la ausencia de relación causal subyacente- no significa que la letra de cambio necesite de confirmación o reconocimiento en sentencia.

Cabe que la letra presentada por E. P., S.L. para solicitar el concurso necesario de HOT. PIT., S.L. no responda a la existencia de la relación causal que expone la acreedora y que haya sido librada sin causa por la concursada. Ello debía enjuiciarlo la AC, específicamente a los efectos del concurso, y si lo hubiera apreciado así fundadamente, debería haber excluido el crédito. Lo que no resulta posible es la tercera vía de la remisión a la resolución que se dicte en el procedimiento penal.

Por lo expuesto, estimaremos el recurso de apelación de E. P., S.L. y, en consecuencia, acordaremos que el crédito de la demandante por importe total de 191.320 euros, se conceptúe, respecto de la suma de 95.660 euros, como crédito con privilegio general, por tratarse del acreedor instante del concurso (artículo 91.7 LC), y respecto de la suma restante, de 95.660 euros, como crédito ordinario (artículo 89.3 LC).

5. La estimación del recurso determina que no se impongan las costas de la segunda instancia (artículos 398.2 de la LEC y 196.2 de la LC). No se imponen tampoco las costas de la primera instancia, pese a la estimación de la demanda, atendidas las dudas de derecho que cupieron respecto de la cuestión controvertida (artículo 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 397 / 2013, de 4 de Noviembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Resolución anticipada por el arrendatario concursado de contrato de arrendamiento con cláusula indemnizatoria desproporcionada. Cuando se promueve una **resolución contractual por interés del concurso** (61.2º LC), se excluye la ejecución de los pactos contractuales que puedan haber, con fundamento en el interés superior del concurso.

La posible **indemnización prevista, en un contrato de arrendamiento**, es de naturaleza estrictamente resarcitoria (por la existencia de daño), con independencia de lo previsto por las partes en el contrato. Si la indemnización está pactada por las partes, el juez debe **corregirla**, si con ella se gravara la masa con una cantidad desproporcionada (elevada renta y/o excesiva duración del contrato).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La concursada INO., S.A., al amparo de lo dispuesto en el artículo 61.2º de la Ley Concursal, solicitó la resolución en interés del concurso del contrato de arrendamiento suscrito con la demandada el 17 de marzo de 2004, sin aplicar la indemnización contemplada en la cláusula quinta del contrato.

CEV. contestó a la demanda alegando que no se oponía a la resolución, si bien aplicando lo previsto en la cláusula quinta, que implica una indemnización a su favor por importe de 4.765.806,72 euros.

Son hechos no controvertidos, recogidos como tales en la sentencia apelada, los siguientes:

1. En fecha 17 de marzo de 2004 INO., S.A. y CEV. firmaron un contrato de arrendamiento de una nave industrial, situada en el Paseo de la Verneda 150-160, que se había de construir en un solar propiedad de la demandada (documento uno de la demanda).

Las partes pactaron que el devengo de la renta se iniciaría con la entrega de la obra terminada, importando en una primera fase 32.989,93 euros/mes. Con la entrega de la superficie correspondiente a la segunda fase, la renta pasaría a ser de 66.176,15 euros, más el IVA correspondiente, revisándose anualmente conforme al Índice General Nacional del Sistema de índices de Precios de Consumo (estipulación cuarta).

2. La nave se entregó a la arrendataria el 4 de abril de 2005, momento a partir del cual la concursada comenzó a abonar la renta.

3. A partir del mes de marzo de 2009 INO., S.A. dejó de abonar la renta, situación que persistía en el momento de dictarse sentencia en primera instancia.

4. En la cláusula tercera del contrato de arrendamiento las partes fijan un plazo de duración de diez años, a contar desde la entrega del edificio, prorrogable por años. El contrato, por tanto, debía extinguirse en abril de 2015.

5. La cláusula quinta del contrato, bajo la rúbrica "indemnización por desistimiento", dice lo siguiente: *"Desde la fecha de otorgamiento hasta la terminación del plazo contractual pactado en la cláusula tercera, el contrato será de obligado cumplimiento por ambas partes. En caso de desistimiento anticipado por parte de la arrendataria, ésta vendrá obligada a satisfacer en concepto de indemnización una cantidad igual al total importe de las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato"*.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia acuerda la resolución, por existir acuerdo entre las partes, si bien declara inaplicable la cláusula indemnizatoria. El juez *a quo* señala que, habiendo aceptado la arrendadora la resolución, no cabe hablar de un desistimiento del contrato como facultad unilateral del arrendatario. Ese concurso de voluntades sobre la resolución contractual "resulta incompatible con la aplicación de la cláusula indemnizatoria por desistimiento unilateral".

La sentencia es recurrida por CEV. En contra de lo argumentado por el juez de instancia, la recurrente considera que el hecho de no haberse opuesto a la resolución no es incompatible con la aplicación de las consecuencias económicas previstas en la cláusula quinta del contrato. Como sostiene la propia sentencia, señala la apelante, la resolución unilateral y anticipada del contrato supone un incumplimiento contractual de carácter esencial, pues la parte que desiste incumple la duración pactada. Por todo interesa se reconozca como crédito contra la masa el importe total de 4.765.806,72 euros, suma que representa la totalidad de las rentas hasta el mes de abril de 2015. Considera, además, que esa suma no puede ser objeto de moderación, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil, por haber sido totalmente incumplido el contrato por parte de la concursada.

TERCERO.- Entendemos, como sostiene la recurrente, que la conformidad mostrada por la arrendadora a la resolución del contrato en el marco de un incidente del artículo 61.2º de la Ley Concursal, no convierte en "bilateral" el desistimiento unilateral del arrendatario y, en definitiva, que haya de excluirse cualquier tipo de indemnización a su favor como consecuencia de la resolución.

Dicho lo cual, tampoco podemos desconocer que la resolución, como se ha expuesto, se promueve, no en el ejercicio de la facultad de desistimiento unilateral prevista en la cláusula quinta del contrato, sino en uso de un derecho exclusivo del concursado que le reconoce el artículo 61.2º de la Ley Concursal. Como indicamos en nuestra sentencia de 16 de octubre de 2013 (Rollo 134/2013), el art. 61.2 LC

concede, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso".

El interés del concurso se vería defraudado si, en aplicación de la cláusula quinta, la resolución conllevara una indemnización equivalente a "todas las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato". La indemnización del artículo 61.2º, que ha de fijar el juez del concurso, a falta de acuerdo entre las partes, es de naturaleza estrictamente resarcitoria, con independencia de lo previsto por las partes en el contrato, dado que la resolución no opera en ejecución de lo pactado en él, sino amparada en lo dispuesto en aquel precepto y con fundamento en el interés superior del concurso.

Por otro lado, como señalamos en Sentencia de 1 de junio de 2011 (ROJ 7557/2011), "la previsión del artículo 61.2.º LC de que el juez decida la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa, en los casos de resolución de contrato en interés del concurso, no puede interpretarse en el sentido de que, indefectiblemente, deba acordarse en tales supuestos una indemnización. Esa intelección viene impedida, no sólo por los términos literales de la norma ("acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse"), sino, sobre todo, por la naturaleza resarcitoria de la indemnización, que tiene como presupuesto indispensable la existencia de daño."

CUARTO.- Para determinar la indemnización que corresponde al arrendador, estimamos adecuado acudir a los criterios contemplados en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con algún factor de corrección añadido como expondremos a continuación. De acuerdo con dicho precepto, "*las partes podrán pactar en el contrato que, para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste de cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización*". En el presente caso son 64 las rentas pendientes hasta la expiración del contrato. El importe de la renta, según la apelante, asciende a 74.465,73 euros. Esos dos parámetros no se han puesto en cuestión por la concursada.

Por tanto, aplicando los criterios del artículo 11 de la LAU, el arrendador debería ser resarcido con una suma equivalente a la renta de cinco meses y diez días. Es un periodo de tiempo que estimamos ajustado para que el arrendador encuentre un arrendatario que sustituya a la concursada, abonando la renta. Con ello colmaríamos las expectativas legítimas de la propiedad y no gravaríamos la masa con una cantidad desproporcionada.

Consideramos adecuado, además, introducir un factor de corrección a la baja, que se justifica por lo elevado de la renta y por la excesiva duración del contrato. Por ello CEV. deberá ser resarcida con el importe de cuatro mensualidades de renta, suma que, salvo error, asciende a 297.862,92 euros.

En consecuencia, debemos estimar parcialmente el recurso, fijando en 297.862,92 euros la indemnización que ha de percibir la apelante con cargo a la masa por la resolución del contrato de arrendamiento en interés del concurso.

QUINTO.- No imponemos las costas del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 91/2013, de 27 de Febrero de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: El deudor cedido, que no le sea notificada la cesión (art. 1527 CC y art. 347.2 CCom.), y pague o realice el crédito al acreedor originario a requerimiento de la administración concursal, quedará liberado y no procederá la **separación de la masa** de su crédito.

Para la **separación del importe dinerario de la masa**, es necesaria la acreditación del derecho de propiedad; la posesión por parte del concursado del bien cuya separación se pretende; que el concursado carezca de un derecho de uso, garantía o retención sobre dicho bien; así como un requisito implícito: que sean bienes o derechos determinados e identificables, a fin de que puedan ser separados, ya que la separación no responde a la obtención del valor de cambio del bien, sino de la misma cosa concreta y determinada que se halla en poder del concursado. Así, no es posible la **acción de separación** del derecho de crédito o del dinero ingresado en la masa activa en pago del crédito cedido.

Pero el crédito de la cesionaria frente a la concursada cedente debe ser incluido en la **lista** (masa pasiva), pese a haber transcurrido el plazo para impugnarla.

En **ausencia de un contrato escrito** que reglamente la **cesión de un crédito**, se ha de entender que lo que operaron las partes, verbalmente, por lo que fue una novación objetiva, sustituyendo el objeto de la cesión en pago, es decir, de un crédito por otro, pero manteniendo las condiciones de la cesión pactadas en el contrato de préstamo.

Aunque el crédito quede supeditado a que se ingresara efectivamente la cantidad en la cuenta, de ello no deriva que en realidad se hubiera cedido un **crédito futuro**, ni en garantía o a título fiduciario a modo de gestión de cobro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Planteamiento de la controversia

PRIMERO. 1. La actora, CROM., S.A., planteó en su demanda el incidente concursal a que se refiere el art. 80.2 LC, ejercitando la acción de separación prevista en su apartado 1, con respecto al derecho de crédito que había sido incluido en la masa activa del concurso a favor de la concursada SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A., limitado al importe de 137.093,89 €.

Solicitaba (1º) la declaración de que *“el derecho a cobrar”* esa cantidad, del mayor crédito que por importe de 447.105,19 € figura en la masa activa frente a dicha deudora, *“pertenece y es titularidad de CROM., S.A.”*; (2º) la condena de la concursada y la administración concursal a separar de la masa activa *“el derecho a cobrar”* la referida suma de 137.093,89 €; y (3º) subsidiariamente, para el caso de la deudora T.A.C.M., S.A. hubiera ingresado en la masa activa el saldo deudor de 447.105,19 €, la condena a separar y entregar a la actora la citada cantidad de 137.093,89 €.

2. Basaba la pretensión en que el 23 de julio de 2010, la concursada SAG. AUD., S.A. le había cedido el crédito que por dicho importe (137.093,89 €) ostentaba contra T.A.C.M., S.A., así como otro crédito frente a un tercero, en pago (cesión *pro soluto*) del préstamo que CROM., S.A. había efectuado a SAG. AUD., S.A. el 14 de mayo anterior, por importe de 200.000 €, a devolver con intereses en el plazo de un año.

Inicialmente, en el contrato de préstamo se convino entre SAG. AUD., S.A. y CROM., S.A. (cláusula segunda) que la cantidad de 187.500 € más el IVA del préstamo se amortizará mediante la cesión del crédito que ostenta SAG. AUD., S.A. contra ANT. FIL., S.L., a favor de CROM., S.A., de acuerdo con la carta de 12 de mayo aceptada por ANT. FIL., S.L..

Posteriormente –alegaba la demanda-, el 23 de julio del mismo año, las partes acordaron sustituir la cesión del crédito contra ANT. FIL., S.L. por un crédito que ostentaba SAG. AUD., S.A. contra T.A.C.M.,

S.A.. Este crédito constituía parte del último pago, por importe de 447.105,19 €, que debía efectuar T.A.C.M., S.A. a SAG. AUD., S.A. por virtud de un contrato de encargo de producción audiovisual celebrado el 4 de febrero de 2009 (que tenía por objeto la producción de la serie documental "Historia de la copla").

No obstante, los saldos que obtuviera SAG. AUD., S.A. de este último contrato estaban pignorados a favor del Institut Català de Finances (ICF) en virtud de un contrato de préstamo con garantía de afectación de ingresos celebrado el 18 de junio de 2009, por el que el ICF concedió a SAG. AUD., S.A. un préstamo por importe de 688.914 € (para ser destinado a la producción de dicha obra, "Historia de la copla"), con pignoración a favor del ICF de los importes provenientes del contrato con T.A.C.M., S.A., a cuyo efecto se notificaría a ésta la pignoración y la orden irrevocable de domiciliación bancaria en una cuenta del ICF de las cantidades que T.A.C.M., S.A. hubiera de abonar a SAG. AUD., S.A..

Alegaba la demanda que el 23 de julio de 2010 (fecha de la cesión del crédito a CROM., S.A.), SAG. AUD., S.A. se dirigió al ICF para que, del último pago a realizar por T.A.C.M., S.A., por importe de 447.105,19 €, el ICF hiciera suya la parte del préstamo pendiente de amortización (310.011,30 €), y la cantidad restante, por 137.093,89 €, la ingresara en una cuenta titularidad de CROM., S.A., a quien le había cedido dicho crédito (documento 3). A ello, el ICF, mostró su conformidad mediante correo electrónico de 26 de julio de 2010.

Por auto de 3 de noviembre de 2010 fue declarado el concurso voluntario de SAG. AUD., S.A..

Proseguía la demandante señalando que en mayo de 2011, como quiera que no había recibido la transferencia por el ICF de la suma de 137.093,89 €, dirigió a esta entidad un requerimiento para que la efectuara, a lo que el ICF contestó señalando que se habían producido pagos por parte de T.A.C.M., S.A. a requerimiento de la administración concursal, indebidamente recibidos por SAG. AUD., S.A., y el 12 de mayo fue saldada la totalidad del crédito del ICF frente a SAG. AUD., S.A. por importe de 319.904,87 €, de modo que el sobrante que pudiera existir se habría de reclamar a la propia SAG. AUD., S.A. o a T.A.C.M., S.A..

Es decir –presumía la demandante-, T.A.C.M., S.A. había pagado directamente a SAG. AUD., S.A. a requerimiento de la administración concursal la suma debida (en lugar de hacer el ingreso en la cuenta del ICF), y la administración concursal habría pagado al ICF el importe de su crédito privilegiado, garantizado con la prenda. El resultado es que CROM., S.A., titular del crédito por importe de 137.093,89 € por virtud del negocio de cesión *pro soluto*, habría dejado de percibirlo y en su lugar, indebidamente, lo habría percibido la concursada cedente. De ahí la acción de separación de acuerdo con el art. 80 LC del derecho de crédito o bien, subsidiariamente, del importe dinerario integrado en la masa activa.

3. La sentencia apelada relata con pormenor (fundamentos segundo y cuarto) los hechos incontrovertidos que han de ser valorados para resolver la controversia (y a ellos nos remitimos), incluyendo los que han quedado expuestos, si bien con algunas precisiones en algunos aspectos, y añade los acontecidos tras la declaración del concurso.

En particular interesan los siguientes datos:

a) La cesión por parte de SAG. AUD., S.A. a CROM., S.A. del crédito (por importe de 137.093,89 €) que la primera ostentaba contra T.A.C.M., S.A. habría sido de carácter verbal, ya que no consta documentada por escrito.

b) En la carta de 23 de julio de 2010 dirigida al ICF (documento 3), SAG. AUD., S.A. le comunicaba, a los efectos del art. 1528 CC, que *"hace cesión del crédito que ostenta contra el ICF por importe de 137.093,89 €"*, en concepto de último pago del precio del contrato con T.A.C.M., S.A., a favor de CROM., S.A.. En consecuencia la concursada solicitaba que al vencimiento del crédito cedido el ICF abonara dicho importe a la cesionaria CROM., S.A., indicando su cuenta bancaria; añadía que SAG. AUD., S.A. reconoce los plenos efectos liberatorios que dicho pago a favor de la cesionaria producirá para el ICF.

c) El ICF contestó mediante correo de 26 de julio de 2010 indicando que no habría problema en retornar el dinero sobrante del pago efectuado por T.A.C.M., S.A., a favor de CROM., S.A. (documento 6).

d) La cesión del crédito no fue notificada a T.A.C.M., S.A..

e) Declarado el concurso de SAG. AUD., S.A. (por auto de 3 de noviembre de 2010), fue incluido en el inventario el crédito de SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A. por importe de 447.105,19 €.

f) El 26 de febrero de 2011, T.A.C.M., S.A., a requerimiento de la administración concursal, ingresó en la cuenta de la concursada la cantidad de 384.836,39 €, y el 9 de mayo los restantes 62.268,80 € (en total 447.105,19 €).

g) El 12 de mayo siguiente la administración concursal abonó al ICF su crédito privilegiado (conforme el art. 155 LC) por importe de 319.904,87 €

4. Así las cosas, la sentencia apelada rechazó la pretensión de separación acogiendo sustancialmente la defensa de la concursada y la administración concursal. Tras exponer con carácter general que (a) no procede la separación ex art. 80 LC de una suma de dinero, sin perjuicio de que el acreedor solicite el reconocimiento de su crédito concursal con la calificación que corresponda, y que (b) si la cesión del crédito es realizada con fines de garantía no procede la separación del derecho de crédito, al no haberse transmitido de manera plena, la sentencia argumenta en relación con el caso concreto que:

a) SAG. AUD., S.A. cedió al ICF el crédito que ostentaba frente a T.A.C.M., S.A., con la correspondiente pignoración, por virtud del contrato de préstamo con garantía de afectación de ingresos y orden de domiciliación irrevocable celebrado el 18 de junio de 2009; de modo que SAG. AUD., S.A. no cedió a CROM., S.A. dicho crédito, sino el sobrante que existiera de la cesión del crédito contra T.A.C.M., S.A. al ICF, es decir, de un crédito *futuro*, para el caso de que llegare a existir. Y no llegó a existir, porque no hubo sobrante en poder del ICF.

b) En cualquier caso no existe contrato por escrito de cesión de crédito a CROM., S.A., por lo que no es oponible a terceros, de conformidad con el art. 1526 CC. Por ello no cabe reconocer a favor de CROM., S.A. la titularidad del crédito, ni un privilegio en el concurso a modo de prenda sobre el crédito.

c) En cualquier caso, se trataría de una cesión fiduciaria, en garantía, que no supone la cesión plena de la titularidad.

5. En su recurso, CROM., S.A. abandona la pretensión de separación, pero insiste en que realmente existió una cesión de crédito con plena transmisión de la titularidad. El discurso impugnatorio se endereza a que, sentada esa transmisión, sea reconocido su crédito en la lista de acreedores como crédito concursal, ya que no fue reconocido (ni incluido ni excluido expresamente). A tal efecto denuncia que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre la primera pretensión contenida en la súplica, de carácter declarativo: *“Se declare que el derecho a cobrar 137.093,89 euros del crédito o saldo acreedor que por importe de 447.105,19 euros figura en la masa activa del concurso de SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A., pertenece a y es titularidad de CROM., S.A.”.*

La actora acepta, por tanto, la inviabilidad de la acción de separación, pero, sobre la base de haber existido realmente una cesión plena de la titularidad del crédito, solicita que sea reconocido en la masa pasiva (lista de acreedores) el derecho de crédito que ostenta frente a la concursada, por dicho importe, derivado del contrato de préstamo, subsumiendo tal declaración en la congruencia que genera el primer pedimento de la súplica. A ello se oponen la concursada y la administración concursal, por implicar una *mutatio libelli*, inadmisibles en la segunda instancia.

Valoración del tribunal

SEGUNDO. 6. En cualquier caso, el deudor cedido, T.A.C.M., S.A., que no fue notificado de la cesión (con los efectos que expresa el art. 1527 CC y el art. 347.2 CCom.), hizo pago del crédito al acreedor originario, SAG. AUD., S.A., a requerimiento de la administración concursal. De este modo, el derecho de crédito fue realizado, con efectos liberatorios para el deudor cedido, por lo que no procede su separación de la masa.

Y en cuanto a la **separación del importe dinerario**, de igual manera resulta improcedente.

Hemos expuesto en nuestra sentencia de 17 de noviembre de 2011 (Rollo 277/2011), los siguientes aspectos acerca de la **procedencia de la acción** de separación que prevé el art. 80 LC:

a) Los **requisitos materiales** que expresamente exige el art. 80 LC para obtener la separación de la masa activa son, en primer lugar, la **acreditación del derecho de propiedad del reclamante** (*"bienes de propiedad ajena..."*); en segundo lugar la **posesión por parte del concursado del bien cuya separación se pretende** (*"que se encuentren en poder del concursado..."*), y en tercer lugar que el concursado carezca de un derecho de uso, garantía o retención sobre dicho bien.

b) Pero, dada la innegable similitud con la acción reivindicatoria (pues lo que se persigue al amparo del art. 80 LC es la separación de la masa de aquellos bienes que son de propiedad ajena y que están en poder del concursado), es preciso un **requisito que está implícito** en el fundamento y finalidad de la acción, cual es que se trate de **bienes o derechos determinados e identificables** (podría tratarse incluso de bienes fungibles, pero siempre que sean identificables) a fin de que puedan ser separados; dicho de otro modo, que exista **identidad entre el bien que el propietario reclama y el existente en la masa**.

c) En el caso de que los **bienes no sean identificables**, la **separación resulta inviable** y quedará sustituida por un derecho personal a la entrega de cosas de la misma especie o a un derecho de crédito por el valor de tales bienes, que se integrará en la masa pasiva y quedará sometido, por tanto, a las reglas concursales de reconocimiento, clasificación y pago. Ello es consecuencia de que la **separación no responde a la obtención del valor de cambio del bien** (a salvo el supuesto de irreivindicabilidad si se ha transmitido a un tercero), sino de la misma cosa concreta y determinada que se halla en poder del concursado.

d) Puede verse una concreta confirmación de esta regla en el supuesto de las cantidades retenidas por el concursado en virtud de obligaciones fiscales y de contribución al sistema de Seguridad Social, respecto de las cuales no se reconoce un derecho de separación a favor de la Hacienda Pública o de la TGSS, sino un derecho de crédito dotado de un privilegio general (art. 91.2º LC), que se incluye en la masa pasiva y debe hacerse valer como crédito concursal de acuerdo con las reglas generales del concurso.

La **regulación del supuesto de imposibilidad de separación**, en el art. 81, por haber sido enajenados por el deudor tales bienes o derechos de propiedad ajena a favor de tercero de quien no puedan reivindicarse, viene a **reconocer el requisito de la identidad e identificabilidad de los bienes**, pues sólo podrán ser reivindicados si son concretos e identificables.

7. En suma, la **acción de separación del derecho de crédito o del dinero ingresado en la masa activa en pago del crédito cedido es inviable**.

La cuestión que plantea el recurso es si, sentado que en el caso existió realmente una transmisión plena y eficaz del crédito (que ostentaba SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A.), y siendo inviable la acción de separación, cabe reconocer en el concurso, como crédito concursal, el que ostenta el cesionario (CROM., S.A.) contra el deudor cedente (SAG. AUD., S.A.) y para cuyo pago (el préstamo) se articuló el negocio de cesión de crédito (contra T.A.C.M., S.A.), que ha resultado fallido, como consecuencia natural o propia de la pretensión de separación, cuando el crédito subyacente (el de CROM., S.A. frente a la concursada) para cuyo pago se hizo la cesión no consta reconocido en la lista de acreedores, y el plazo para impugnarla ya ha transcurrido.

8. Es cierto que la sentencia no incurre formalmente en el defecto de incongruencia omisiva, por guardar silencio sobre la pretensión declarativa 1ª de la súplica. Esta pretensión declarativa (de que el crédito incluido en el inventario contra T.A.C.M., S.A. *"pertenece a y es titularidad de"* CROM., S.A.), no se articulaba con la finalidad de que el crédito dimanante del préstamo otorgado por CROM., S.A. a SAG. AUD., S.A. fuera reconocido en la lista de acreedores, sino en el sentido de que el crédito de SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A., por dicho importe, es titularidad de la actora, como presupuesto declarativo de la condena a la separación.

No obstante, estimamos que si:

- efectivamente hubo una transmisión de la titularidad del crédito a favor de la actora;
- el crédito contra la concursada generado por el préstamo no fue reconocido en la lista de acreedores (no se mencionó en ella ni siquiera para excluirlo expresamente), de modo que originó en la actora la creencia de que la no inclusión expresa podía estar justificada porque la administración concursal admitía que, por razón de la cesión del crédito, CROM., S.A. ya no era acreedora de SAG. AUD., S.A., sino de T.A.C.M., S.A.; y
- la separación deviene inviable por haberse realizado el crédito mediante su ingreso por el deudor cedido en la masa activa del concurso de la cedente,

cabe, como consecuencia natural de la acción de separación, sin incurrir en incongruencia, que al tiempo que se desestima dicha acción se declare que el crédito de la cesionaria frente a la concursada cedente debe ser incluido en la lista (masa pasiva), pese a haber transcurrido el plazo para impugnarla.

9. Siguiendo este razonamiento consideramos que efectivamente hubo una plena transmisión de la titularidad del crédito de SAG. AUD., S.A. frente a T.A.C.M., S.A. a favor de CROM., S.A.. Aunque no se hubiera documentado por escrito, lo cierto es que ambas partes pactaron una novación objetiva de la originaria cesión en pago, que tenía por objeto inicialmente un crédito de SAG. AUD., S.A. frente a ANT. FIL., S.L.. En el contrato de préstamo de 14 de mayo de 2010 (documento 1.b, cláusula segunda), la cesión de este crédito se configuró como medio para amortizar el préstamo, lo que conduce a concluir que la transmisión fue plena, con efectos *pro soluto*. En julio siguiente, se negocia entre SAG. AUD., S.A. y CROM., S.A. la posibilidad de *"cambiar la cesión del último pago del contrato de ANTENA 3 de la serie SOFIA por otra garantía"*, concretamente sobre los créditos derivados del contrato con T.A.C.M., S.A. (e-mail de SAG. AUD., S.A. a CROM., S.A. de 14 de julio; documento 1.d). La realidad de la cesión de este derecho de crédito y de su fecha se corrobora por la comunicación remitida por SAG. AUD., S.A. al ICF el 23 de julio de 2010, en el que la concursada comunica al ICF la cesión a CROMOSMA *"del crédito que ostenta contra el ICF por importe de 137.093,89 €"*, para que lo ingrese directamente en la cuenta de CROM., S.A., lo que así mismo avala una cesión plena.

En ausencia de un contrato escrito que reglamente la cesión de este crédito se ha de entender que lo que operaron las partes (SAG. AUD., S.A. y CROM., S.A.), verbalmente, fue una novación objetiva, sustituyendo el objeto de la cesión en pago, es decir, de un crédito por otro, pero manteniendo las condiciones de la cesión pactadas en el contrato de préstamo.

10. De otro lado, **no compartimos que se trate de la cesión de un crédito futuro**. El crédito frente a T.A.C.M., S.A. existía, aunque no hubiera vencido al tiempo de la cesión. Lo que sucede es que estaba pignorado a favor del ICF, que debía percibirlo (por virtud de la orden de domiciliación en una cuenta de su titularidad) y hacerlo suyo en parte (haciendo efectiva la pignoración), en la suma pendiente de amortizar del préstamo otorgado por el ICF a SAG. AUD., S.A. (310.011,30 €), y el sobrante (137.093,89 €) ingresarlo directamente a CROM., S.A..

En este sentido SAG. AUD., S.A. notificó al ICF *"la cesión [a CROM., S.A.] del crédito que [SAG. AUD., S.A.] ostenta contra el ICF por importe de 137.093,89 €"*, porque una vez aplicado el crédito a cubrir la cantidad pendiente de amortización del préstamo, SAG. AUD., S.A. sería acreedora del ICF por el sobrante los 137.093,89 €.

Puede estimarse que el buen fin de la cesión a CROM., S.A. de ese crédito quedaba supeditado a que T.A.C.M., S.A. ingresara efectivamente en la cuenta del ICF la cantidad de 447.105,19 € debida a SAG. AUD., S.A., y a que existiera un sobrante tras aplicar el ICF dicha suma a amortizar la cantidad prestada a SAG. AUD., S.A.. Pero de ello no deriva que en realidad se hubiera cedido un crédito futuro, ni en garantía o a título fiduciario a modo de gestión de cobro.

11. Dicho lo anterior, procede estimar que se produjo una transmisión de la titularidad del crédito (por 137.093,89 €) a CROM., S.A. en la cuantía sobrante tras la efectividad de la pignoración a favor del ICF. Pero incidió la declaración de concurso y el ICF no percibió la cantidad esperada de T.A.C.M., S.A., sino que ésta la ingresó en la masa activa del concurso a requerimiento de la administración concursal, que seguidamente procedió a hacer pago, por la cantidad pendiente de amortizar del préstamo, al ICF, al tratarse de un crédito privilegiado (art. 155 LC).

Siendo inviable la acción de separación procede, en fin, reconocer a la actora un crédito contra la concursada por importe de 137.093,89 €, con el carácter de concursal ordinario.

TERCERO. 12. En consecuencia debe ser estimado el recurso, sin imposición de las costas (art. 398.2 LEC).

En cuanto a las costas de la primera instancia, tampoco las imponemos en atención a las dudas de derecho que el supuesto suscita.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 148/2013, de 10 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para ejercer la **acción directa** (art. 1597 CC) la obra debe estar ajustada alzado por el contratista, esto es, que el precio de la obra no cambie aunque durante el proceso haya un aumento de precios u otra eventualidad.

El requisito de **precio ajustado alzado** concurre si, concertado el contrato de obra principal por unidades de obra, con precio determinado asignado a cada una de ellas, también se ha predeterminado el número de unidades a realizar por el contratista. Sin embargo, no concurre cuando el número de esas unidades con precio cierto asignado sea meramente orientativo, o no vinculante para el contratista.

Por tanto, si la contratación entre dos empresas no contempla un precio o ajuste alzado, sino en función de unidades de obra ejecutadas sin predeterminar un número fijo, no es posible ejercer la acción directa del subcontratista.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre precio alzado: STS de 14 de octubre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La parte instante del presente incidente concursal, EXC. QUE., S.L., que figura en la lista de acreedores como acreedora de la concursada A.C., S.A., ejercitó en su demanda la acción directa que a favor del subcontratista reconoce el art. 1597 del Código Civil contra la dueña de la obra, la A.C.A., S.A., dirigiendo su reclamación así mismo contra la concursada y la administración concursal.

Con ese amparo normativo reclamaba a la dueña de la obra la cantidad de 163.954,24 €, en concepto de precio facturado por trabajos subcontratados por la concursada A.C., S.A., para la obra que le había sido adjudicada por la A.C.A., S.A..

Así mismo impugnaba la lista de acreedores a fin de que le fuera reconocido el privilegio especial del crédito refaccionario (art. 90.1.3º LC), pero esta pretensión fue rechazada por la sentencia y no se ha reproducido en el recurso.

2. Con anterioridad a la declaración del concurso de A.C., S.A., la actora había dirigido un requerimiento a la A.C.A., S.A., en cuanto dueña de la obra, comunicando el ejercicio de la acción directa en reclamación de la suma de 154.300,67 €. La A.C.A., S.A. contestó solicitando a la subcontratista cierta documentación (detalles de las partidas de obra ejecutadas por la subcontratista; acreditación de la relación contractual con la UTE contratista; documentos contables presentados al cobro y no satisfechos, y otra documentación). No consta que la actora cumplimentara esta petición de aportación documental.

Ya declarado el concurso de A.C., S.A. la actora presentó un escrito haciendo valer la acción directa y solicitando la separación del importe dinerario –supuestamente- consignado por la A.C.A., S.A. a favor de la contratista A.C., S.A., lo que fue denegado por la administración concursal.

3. La cadena de contratación, según revelan las actuaciones, es la siguiente:

La A.C.A., S.A. adjudicó en 2007 a la UTE formada por AGB. y A.C., S.A. la redacción del proyecto constructivo y la realización de las obras consistentes en trabajos destinados a la reducción del impacto ambiental de runa inactiva en Vilaforns.

Entre noviembre de 2009 y mayo de 2010, la UTE suscribió tres contratos de subcontratista con A.C., S.A., adjudicando a esta sociedad diversos trabajos de movimiento de tierras y colocación de tuberías y pozos de obra.

A su vez, A.C., S.A., en el marco de ejecución de estas obras, subcontrató a la actora EXC. QUE., S.L. para la ejecución de trabajos de excavación, transporte de tierras y compactación del terreno.

4. La concursada y la administración concursal se opusieron a la pretensión negando de modo principal el presupuesto exigido por el art. 1597 CC de que la obra haya sido convenida por un precio alzado con la contratista y por todos los participantes en la cadena de contratación.

El juez del concurso consideró en su sentencia, bien que expresando las serias dudas de derecho que la cuestión principal suscitaba, que no se había acreditado el requisito del precio ajustado a un tanto alzado entre la UTE comitente y la actora. No obstante, la fundamentación al respecto (fundamento cuarto) se refiere a la relación entre la A.C.A., S.A. y la UTE.

La actora basa su recurso en la infracción de las reglas que regulan la carga de probar y argumenta que el pacto entre ella y A.C., S.A. fue a tanto alzado por 290.000 €, habiendo emitido facturas por importe de 163.954,24 €.

5. Uno de los requisitos para que pueda operar la acción directa que regula el art. 1597 CC es expresado por el propio precepto al exigir que ha de tratarse de una obra “ajustada alzadamente por el contratista” en su relación (se sobreentiende) con el dueño de la obra, modalidad de pacto sobre el precio que prevé el art. 1593 CC.

Dirigida la acción directa contra la A.C.A., S.A., dueña originaria de la obra, que procedió a su adjudicación en concurso público conforme al pliego de condiciones administrativas particulares y cuadro de características técnicas ofertadas a los licitadores, el mencionado requisito o presupuesto se cumplirá si se constata que la relación con la adjudicataria de la obra se concertó “por un ajuste alzado”.

En la mencionada cadena de contrataciones hay que prescindir del eslabón que representa la UTE, que carece de personalidad jurídica propia y diferenciada de sus miembros (arts. 7.2 y 8 de la Ley 18/1982, aunque esta Ley reconozca a la UTE un cierto grado de *personificación* a efectos fiscales). Por ello debe entenderse que la A.C.A., S.A. adjudicó las obras conjuntamente a A.C., S.A. y a AGB., como resulta de la resolución administrativa de fecha 17 de octubre de 2007, aunque el correspondiente contrato se formalizara con el representante de la UTE. Fue la adjudicataria-contratista A.C., S.A. quien subcontrató a la actora.

Se trata de determinar, por tanto, si el contrato de obra entre la A.C.A., S.A. y A.C., S.A. se convino por ajuste o precio alzado.

6. El examen del pliego de condiciones particulares de la oferta pública de contratación y del cuadro técnico de características del contrato revela los siguientes datos:

a) El cuadro de características del contrato en el apartado A fija como presupuesto de la obra la cifra de 8.834.150 € más IVA. El apartado K, titulado *"forma de valoración de los trabajos"*, indica *"precios unitarios"*.

b) El pliego de cláusulas administrativas particulares establece en la cláusula 3 que *"el presupuesto total de licitación indicado en el apartado A del cuadro de características tiene el carácter de orientativo. El sistema de determinación de este precio es el que se establece en el apartado K del cuadro de características de acuerdo con los arts. 130 y 131 del RGLCAP."*

Estos preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD 1098/2001) se refieren al cálculo de los precios de las distintas unidades de obra (que se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar el IVA), y al presupuesto de ejecución material (que será el resultado obtenido por la suma de los productos del número de cada unidad de obra por su precio unitario y de las partidas alzadas).

c) Añade la cláusula 3 del pliego de condiciones particulares que *"el importe del presupuesto de las obras y de los precios unitarios que habrán de regir durante su ejecución serán los del proyecto aprobado por la Agencia"*. Este proyecto no consta en las actuaciones.

d) En el contrato de adjudicación a la UTE otorgado por la A.C.A., S.A. se estipula (cláusula 2) que *"el precio del contrato por la ejecución de los trabajos es de 7.579.459,85 € (más IVA), que la A.C.A., S.A. abonará mediante certificaciones de obra ejecutada"*. En todo caso consta una remisión al pliego de prescripciones técnicas aprobado por la A.C.A., S.A. y al pliego de cláusulas administrativas particulares.

7. La STS de 14 de octubre de 2010 declara, con relación al requisito del precio alzado, que *"lo importante es que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de obra"*. El artículo 1597 habla de "obra ajustada alzadamente", por lo que podría pensarse que sólo cuando se trate de una obra por ajuste o a tanto alzado tiene aplicación el artículo 1597, *"no obstante lo cual, el requisito de que el crédito del contratista sea cierto y determinado desde su inicio queda cumplido tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que estén también determinadas el número de unidades a ejecutar"*.

Prosigue la Sentencia indicando, con cita de las SSTs de 11 junio 1928, 24 diciembre 1980 y 22 diciembre 1992, que la exigencia de precio alzado responde a la necesidad de *"fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidad y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los titulares de la acción directa, en tanto y cuanto se verifica el suministro, no se recibe su importe y no se pague tal precio alzado por el propietario"*, lo que se encuentra en relación con razones de seguridad jurídica buscando, a través de la determinación inicial del precio, que la garantía que supone esta acción para los terceros acreedores sea cierta y eficaz; *"y se concluía en la concurrencia del requisito cuando se da esa"*

condición de fijeza del precio concertado por la obra principal, bien porque se haya ajustado a un tanto alzado la totalidad del trabajo proyectado, bien porque el precio se determine por unidades de obra cuando también se hayan indicado el número de dichas unidades, pues en ambos casos es posible conocer a priori la cantidad a que se eleva el precio”.

8. La exigencia de precio alzado se cumple, por tanto, si la ejecución de la obra se ha concertado de forma tal que el crédito futuro del contratista está previamente determinado en el contrato, y ello se logra *“tanto si el precio de la obra principal se determina por el sistema de precio alzado, como si lo está por unidades de obra, siempre que esté también determinado el número de unidades a ejecutar”*. En este último supuesto existirá un precio cierto inicialmente determinado o determinable por medio de una simple operación aritmética a partir de las unidades de obra especificadas y el precio convenido para cada unidad, sin que sea impedimento a estos efectos la admisión de oscilaciones o de un cierto margen de variabilidad impuesto por actualizaciones, aumentos de obra o imprevistos, pues la realidad de la contratación de obras de envergadura muestra la dificultad de pactar y conseguir la absoluta inamovilidad del precio.

9. En el presente caso a tenor del **pliego de condiciones administrativas particulares** y del cuadro de características técnicas de la obra ofertada, es claro que el **presupuesto inicialmente fijado tiene carácter meramente orientativo, y que el precio de la obra adjudicada queda sujeto al sistema de precios unitarios por unidades de obra, modalidad que contempla el art. 1592 CC y los mencionados preceptos del RGLCAP.**

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, el requisito de precio ajustado alzadamente sería apreciable si, concertado el contrato de obra principal por “unidades de obra”, con precio determinado asignado a cada una de ellas, también se ha predeterminado *“el número de dichas unidades a realizar por el contratista”*, sin que concurra el requisito cuando el número de esas unidades con precio cierto asignado sea meramente orientativo, o no vinculante para el contratista, que podrá realizar más o menos unidades.

10. Lo que no consta en las actuaciones es si se convino la adjudicación por unidades de obra en número orientativo, al igual que el inicial presupuesto, que no constituye un precio ajustado alzadamente, ya que dependerá de la obra efectivamente ejecutada.

Es cierto, como indica la sentencia apelada, que la documentación aportada puede estar incompleta, en particular porque no se ha aportado el proyecto aportado por la A.C.A., S.A. Pero también es cierto que la actora se ha desentendido de la prueba de este extremo; en ningún momento interesó a la A.C.A., S.A. que aportara documentación alguna, ni a la concursada A.C., S.A., ni siquiera solicitó la celebración de la vista, y en su recurso se limita a sostener que el precio de obra concertado entre la actora y A.C., S.A. fue cerrado o por ajuste alzado, obviando una argumentación eficaz relativa al contrato principal entre la A.C.A., S.A. y la UTE (A.C., S.A.).

11. Hay en todo caso un dato que es significativo para ilustrar del sistema de determinación del precio entre la A.C.A., S.A. y la contratista principal, y es el sistema concertado entre la UTE y A.C., S.A. (a modo de distribución interna del trabajo entre AGB. y A.C., S.A.). **Es lógico que la relación interna entre los dos contratistas, que fueron adjudicatarios de las obras públicas bajo la forma asociativa de una UTE, reflejara el mismo sistema de determinación del precio establecido en el contrato de adjudicación pública.**

La contratación entre la UTE y A.C., S.A. no contemplaba un precio o ajuste alzado, sino en función de unidades de obra ejecutadas sin predeterminar un número fijo sino meramente orientativo.

Así en la cláusula 2.1 de los contratos de subcontratación entre la UTE y A.C., S.A. se estipula que *“el precio vendrá determinado por la aplicación de los precios establecidos en el Anexo 3, Precios, a las unidades ejecutadas”*, precisando la cláusula 2.6 que *“las mediciones que constan en el Anexo 3 en la*

oferta o en el proyecto, son meramente orientativas, renunciando el subcontratista a cualquier indemnización en caso de disminución o supresión de unidades de obra". De acuerdo con el Anexo 3, los precios se fijan por cada unidad de medida o pieza ejecutada y entregada de la total obra a realizar, especificando que "el número de unidades de cada concepto es orientativo". Finalmente, la cláusula 4 indica que "el subcontratista pasará factura conforme a la medición aprobada por el contratista, especificando en forma clara los datos de identificación de las unidades de obra realizadas...".

Las unidades de obra, por tanto, no están predeterminadas en su número, sino sólo orientativamente, lo que resulta lógico teniendo en cuenta la naturaleza de los trabajos a realizar, consistentes en la reducción del impacto ambiental de runa inactiva, que conlleva derribo de estructuras, movimiento y traslado de tierras, excavaciones, limpieza, colocación de tubos, etc.

12. Con todo, la cuestión suscita serias dudas de hecho, y ello motiva que no impongamos las costas de la segunda instancia, al igual que acordó el juez mercantil respecto de las costas de la primera instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 230/2013, de 3 de Junio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Conforme al artículo 85.1º LC, se impone a los acreedores el **deber de comunicar la existencia de sus créditos** a la administración concursal dentro del plazo señalado. Así, no constituirá falta de comunicación o comunicación tardía -que determinaría la subordinación del crédito-, la comunicación efectuada **por medios electrónicos** (dirección electrónico del administrador concursal), conforme a la nueva redacción al artículo 85.2º LC.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad demandante impugnó la lista de acreedores solicitando se incluyera su crédito en los términos en que fue comunicado a la administración concursal, esto es, 32.306,50 euros con la calificación de ordinario y 37,09 euros subordinado. El crédito procede de una operación de préstamo, otra de crédito con garantía personal de cobertura de riesgos y una tercera de crédito para operaciones de comercio exterior.

La administración concursal se opuso a la demanda afirmando que el crédito no le fue comunicado. Por ello interesó se mantuviera el crédito tal y como figuraba en la lista -26.419,06 euros y con la calificación de ordinario-, y se añadiera el importe de 5.924,53 euros como subordinado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.1º de la Ley Concursal.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y ordena que se incluya el crédito por la cuantía y con la calificación propuesta por la administración concursal. Según se reseña en el fundamento segundo, no puede tenerse por acreditado que la comunicación del crédito (documento uno de la demanda) fuera recibida por la administración concursal.

La sentencia es apelada por la demandante, que insiste en que la comunicación fue remitida por correo electrónico a la dirección designada por la administración concursal, conforme establece el artículo 85.2º de la Ley Concursal, por lo que solicita se incluya el crédito con la calificación pretendida. A tal pretensión se opone la administración concursal.

SEGUNDO.- Para la resolución del recurso ha de tenerse presente **que el artículo 85.1º de la Ley Concursal impone a los acreedores el deber de comunicar la existencia de sus créditos a la**

administración concursal dentro del plazo señalado en el número 5 del artículo 21.1º de la citada Ley. **La falta de comunicación o la comunicación tardía determina la subordinación del crédito, salvo las excepciones del artículo 92.1º.**

En cuanto a la **forma de la comunicación**, el párrafo segundo del artículo 85 de la LC dispone que se haga por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado o por quien acredite representación suficiente de ellos, dirigida a la administración concursal. La comunicación habrá de presentarse o remitirse al domicilio de la administración concursal. Tras la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que da nueva redacción al artículo 85.2º, **la comunicación también podrá efectuarse por medios electrónicos, a cuyo efecto la administración concursal deberá poner en conocimiento del juzgado al tiempo de la aceptación su dirección electrónica.**

En el presente caso la parte actora acompaña con la demanda (documento uno) un escrito, fechado el 11 de abril de 2012, dirigido a la administradora concursal Laura Gaude Mas, por el que BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. comunica su crédito, con indicación de todas las menciones exigidas por el apartado tercero del artículo 85. Dicho escrito consta remitido el 11 de abril de 2012, a las 9:06 horas, a la dirección de correo designada por la propia administradora concursal (lauragaude@pactalegal.es). Pues bien, entendemos, en contra del criterio mantenido en la sentencia apelada, **que el crédito ha de ser reconocido en su integridad y con la calificación pretendida.** En efecto, dado que **no se ha negado la autenticidad formal del documento** y que no es imaginable –tampoco se apunta– que haya sido manipulado, **consideramos que el documento es conforme y coincide con la comunicación del crédito que se remitió al correo electrónico de la administración concursal. La comunicación, además, se efectuó dentro de plazo. En consecuencia, rechazamos que la parte del crédito que inicialmente no fue reconocido se incluya en la lista como subordinado por comunicación tardía.** Por todo ello, debemos estimar el recurso y acoger íntegramente la pretensión de la demandante.

TERCERO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente la condena al estimarse el recurso. Tampoco estimamos que deban imponerse las costas de primera instancia, atendidas las dudas de hecho sobre si la comunicación llegó o no a la administración concursal (artículo 394 de la LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 280/2013, de 3 de Julio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Otorgamiento de escritura de hipoteca sobre finca inscrita a favor de tercero. Con una interpretación estricta de la **garantía hipotecaria para terceros del artículo 34 LH** -por la protección de la apariencia jurídica para el tercero hipotecario que comporta la inscripción registral- es requisito esencial que el disponente o transferente sea un titular inscrito con referencia al momento en el que el tercero realiza su adquisición, de modo que el tercero debe adquirir de la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirle el bien.

Notas: Refiere la reiteración jurisprudencial del requisito del artículo 34 LH: STS de 30 de mayo de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia del juzgado mercantil, que tramita el concurso de ZON. HAB., S.L., estimó en parte la demanda incidental formulada por la Sra. R.X.F. y declaró la nulidad parcial del contrato de

compraventa celebrado con la concursada el 7 de julio de 2006, que tenía como objeto declarado la totalidad de la finca nº 773 del Registro de la Propiedad nº 3 de Girona, estableciendo como efecto de la nulidad que la superficie de terreno de 2.165 m² (que incluye la parcela de 800 m² en la que se halla la vivienda de la actora más 1.365 m² contiguos) ha de revertir a favor de la Sra. R.X.F., y los restantes 4.913 m² permanecen como propiedad de la concursada.

2. La actora recurre la sentencia porque desestimó la pretensión contenida en la letra d) del suplico de la demanda, que afectaba a Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona ("La Caixa", actualmente CaixaBank S.A.) como acreedora hipotecaria de la concursada (inicialmente Caixa Girona). Solicitaba en dicho apartado que, como consecuencia de la petición de nulidad parcial o bien total del contrato, se declare la cancelación de la garantía hipotecaria sobre la parcela de 800 m² en la que está enclavada la vivienda de la actora y la porción de terreno contiguo de 1.365 m², que forman parte de la finca registral nº 773, de mayor superficie.

La cuestión que se trata a esta instancia, acotada a esta pretensión, es **si la declaración de nulidad parcial del contrato de compraventa, que limita su objeto, debe extenderse o no a la hipoteca constituida por la concursada (adquirente de la finca) a favor de La Caixa, en la parte afectada por la nulidad contractual. Se trata, en suma, de determinar si La Caixa puede invocar para sí la protección que confiere el art. 34 de la Ley Hipotecaria.**

SEGUNDO. 3. Los hechos básicos a considerar son los siguientes.

Por escritura pública de 7 de julio de 2006 (nº 1.643 del protocolo de la Notaría), la actora vendió a ZON. HAB., S.L. la citada finca nº 773, de 7.078 m² de superficie real, en la que se halla construida una vivienda, por un precio total de 751.266 €, de los que la actora percibió la suma de 270.456 €. Se convino que el resto del precio, 480.810 €, se abonaría mediante la entrega por parte de la compradora a la vendedora de cuatro parcelas, dos de ellas con una superficie máxima de 800 m² que incluirán la vivienda existente en la finca, y otras dos parcelas más con la superficie mínima que permita la normativa urbanística municipal, con un total de 800 m² entre las dos.

En la misma fecha y en la misma Notaría, ZON. HAB., S.L. adquirió otras tres fincas de otros titulares (la registral nº 1.056, escritura con nº de protocolo 1.642; registral nº 3.175, nº de protocolo 1.644; y registral 6.080, nº de protocolo 1.641), procediendo a la agrupación de todas ellas (incluida la nº 773, de la actora) para conformar la finca nº 6.411 (nº de protocolo 1.645) y constituyendo seguidamente una hipoteca sobre la finca agrupada a favor de La Caixa (inicialmente Caixa Girona), en garantía de un préstamo por cuatro millones de euros (nº de protocolo 1.646).

4. La actora alegaba en su demanda, con respecto al contrato de compraventa de la finca nº 773, que la verdadera intención de las partes, por más que la escritura pueda declarar otra cosa, fue la de transmitir a ZON. HAB., S.L., a cambio del precio pactado (751.266 €), una porción de terreno de la finca nº 773 de 4.913 m² de superficie (del total de 7.078 m²), mas no la propiedad de la vivienda con los 800 m² de parcela circundante y la porción de terreno contiguo de 1.365 m².

Afirmaba que esta superficie de 2.165 m² y la vivienda (que constituye el domicilio de la actora) no formaban parte realmente del objeto de la compraventa, sino que la compradora únicamente adquiriría la superficie restante de 4.913 m², obligándose a pagar por ella el precio convenido: 270.456 € en metálico y el resto, 480.810 €, mediante la obligación de urbanizar aquella porción de 800 m² más 1.365 m² (2.165 m²) para entregar a la vendedora cuatro parcelas urbanizadas, dos de 800 m² en las que se ubica la casa y otras dos colindantes de 800 m².

Solicitaba por ello, con carácter principal, que se declarara que la vivienda y la parcela en la que radica, de 800 m², así como el terreno colindante de 1.365 m², no forman parte del objeto de la compraventa, por falta de intención de los contratantes de transmitir y adquirir tales elementos; que se le reintegre la titularidad registral de ese terreno y vivienda y se proceda a la segregación registral consecuente.

También, como se ha dicho, que se cancele la hipoteca sobre la vivienda y el terreno descrito, que no fueron objeto de transmisión a ZON. HAB., S.L..

5. La concursada y la administración concursal se allanaron a estas pretensiones.

La Caixa se opuso reclamando la protección que dispensa el art. 34 LH, por ser tercer adquirente de buena fe y reunir los demás requisitos establecidos por el precepto para ser mantenida en la integridad del derecho real de garantía, adquirido de la propietaria hipotecante (ZON. HAB., S.L.).

6. El juzgado declaró la nulidad parcial del contrato de compraventa en los términos ya indicados, pero desestimó la pretensión de cancelación parcial de la hipoteca, en la extensión afectante a la vivienda y terrenos cuya transmisión declaraba nula.

La sentencia considera, de un lado, que la actora tuvo conocimiento de la intención de ZON. HAB., S.L. de hipotecar las fincas adquiridas, y consintió la constitución de la hipoteca, pues así le fue explicado el día en que otorgaron la escritura de venta, según manifestó el legal representante de la concursada.

De otro lado, concluye que no puede apreciarse mala fe en La Caixa, que se limitó a conceder financiación para la promoción inmobiliaria con la garantía real de las fincas que, previamente adquiridas (ese mismo día), se habían agrupado por la nueva titular.

Valoramos seguidamente los motivos del recurso, sin cuestionar las pretensiones estimadas en la primera instancia.

TERCERO. 7. En primer lugar, compartimos con la apelante que no puede admitirse como hecho probado que la Sra. R.X.F. consintiera (expresa, implícita ni tácitamente) la constitución de una hipoteca por parte de ZON. HAB., S.L. que alcanzara a su vivienda y terrenos referidos (los 2.165 m²), que la sentencia excluye del negocio traslativo del dominio porque las partes nunca tuvieron la voluntad compartida de transmitir y adquirir su propiedad.

8. La sentencia se apoya en la declaración del legal representante de ZON. HAB., S.L., pero este medio de prueba, que ni siquiera puede ser contrastado con la versión personal de la Sra. R.X.F. (porque no se solicitó su interrogatorio), no puede perjudicar a la actora, que es parte procesal contraria y sostiene intereses contrarios –en principio– a los de la concursada, sino sólo, en su caso, al propio confesante o interrogado. El recurso cita la STS de 24 de julio de 2008, que es ilustrativa sobre el valor que cabe otorgar a la prueba de confesión (ahora, "interrogatorio"): *"... las reglas legales de valoración de la prueba de confesión judicial se refieren a sus efectos en contra del confesante (arts. 1232 y 1233 CC antes de su derogación por la LEC de 2000 y art. 316.1 de esta última sobre la prueba de interrogatorio de las partes), no en contra de otros codemandados..."*. **La prueba de confesión o interrogatorio proyecta sus efectos, por tanto, en contra del confesante, incluso bajo la vigente LEC (arts. 316, 307 y 304), no respecto de la parte contraria.**

9. Pero también debe tenerse presente la postura procesal que decidió adoptar ZON. HAB., S.L. en su escrito de contestación, con todas las consecuencias procesales inherentes, entre ellas la que indica el art 405.2 LEC (referida a la falta de negación o bien a la admisión de los hechos aducidos por el actor) y sus coherentes consecuencias en el caso concreto a la hora de fijar el debate procesal. ZON. HAB., S.L. se allanó a la declaración parcial de nulidad del contrato de compraventa, admitiendo que nunca fue intención de las partes transmitir y adquirir ese terreno, dentro de la finca nº 773, de 2.165 m² de superficie, y también admitió que se cancelara la hipoteca constituida a favor de La Caixa sobre esa extensión de terreno que no se quiso transmitir, con lo cual reconocía que la Sra. R.X.F. en ningún momento consintió la hipoteca y que la propia ZON. HAB., S.L. no podía hipotecar lo que no era de su propiedad. Esta postura fue refrendada por la administración concursal.

Así mismo, La Caixa no ha sostenido que contara con el consentimiento de la actora para extender la hipoteca al terreno que en realidad no fue transmitido a ZON. HAB., S.L., sino únicamente la protección que le pueda dispensar el art. 34 LH.

No se ha alegado, en fin, **ni hay prueba fehaciente de que la Sra R.X.F., que no intervino en la escritura de hipoteca, consintiera que la garantía real que pudiera constituir ZON. HAB., S.L. a favor de una entidad de crédito se extendiera a la vivienda y terreno a que se refiere su pretensión.**

CUARTO. 10. El recurso plantea la necesidad de decidir si La Caixa tiene derecho a ser mantenida en la adquisición del derecho real de garantía sobre la totalidad de la finca nº 773, integrada en la finca agrupada nº 6.411, pese a haber sido declarada nula la adquisición de una parte de dicha finca nº 773 por parte de la hipotecante ZON. HAB., S.L. Es decir, **si concurren en La Caixa los requisitos que exige el art. 34 LH para configurar al tercero hipotecario.**

El precepto establece en su primer inciso que *“el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.*

11. Debe recordarse que, como indica la STS de 10 de octubre de 2007, *“la persona que constituye la hipoteca debe ser propietaria del inmueble que se hipoteca y si no lo es falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen por falta del poder de disposición”* (así lo establece el art. 1.857.2º CC y art. 569.29 del Codi Civil de Catalunya), si bien ello se entiende **sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición a non domino que deriva del art. 34 LH.**

12. Como indica la STS de 5 de marzo de 2013, el art. 34 LH consagra el juego del principio de fe pública registral, cuya eficacia consiste en mantener la adquisición del tercero protegido frente al Registro inexacto al tiempo de la transmisión (o, en este caso, adquisición del derecho real de garantía), advirtiendo que el precepto está sometido en su aplicación a *“criterios rigurosamente exigibles”*, como corresponde al importante efecto que produce.

Entre tales requisitos está el de la buena fe del adquirente, sobre el cual ha versado gran parte del debate procesal. No obstante, la apelante pone de manifiesto que en cualquier caso falta el requisito exigido por la norma consistente en que el tercero adquirente (aquí La Caixa) haya adquirido el derecho real de *“persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo”*, es decir, que el tercero de buena fe haya confiado en el contenido del Registro de la Propiedad, que habría de mostrar a un titular registral con facultades para transmitir el dominio (o constituir la garantía real).

A este requisito se refiere con reiteración la **jurisprudencia** que ha examinado la aplicabilidad del precepto (STS de 5 de marzo de 2013, 21 de febrero de 2012, 20 de julio de 2010, 5 de marzo de 2007, entre otras muchas), **exigiendo que el tercero haya de haber adquirido por transmisión del titular registral.**

Es requisito, por tanto, que el bien o derecho conste previamente inscrito a favor del transmitente (ZON. HAB., S.L.) en el momento de la celebración del contrato a favor del adquirente (La Caixa), en cuyo caso el transmitente aparecería legitimado para disponer según los asientos del Registro (art. 38.1 LH), y en base a esa legitimación se presume su poder de disposición. La idea clave del art. 34 LH es la confianza del tercero en la legitimación dispositiva resultante del Registro, es decir, en la apariencia registral derivada del principio de legitimación registral que produce el asiento, determinante de que el legislador tome en consideración esta situación para llegar incluso a la protección de las adquisiciones inmobiliarias a *non domino*.

El TS ha interpretado este requisito de forma estricta y no extensiva o flexible, **exigiendo que el disponente o transferente sea un titular inscrito con referencia al momento en el que el tercero**

realiza su adquisición, de modo que el tercero debe adquirir de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirle.

Es clara al respecto la STS de 14 de junio de 1994 al concluir, en un supuesto de constitución de hipoteca por quien en ese momento no era titular inscrito, que *“no puede merecer la privilegiada consideración de tercero hipotecario sino el adquirente que, entre otros requisitos, traiga su derecho de quien en el Registro aparezca como titular del derecho transmitido, circunstancia que no concurría en la deudora constituyente de la hipoteca en el momento de suscribir la correspondiente escritura pública (...), de suerte que, habiendo pasado por alto la falta de este requisito, cuya indispensabilidad es legal y doctrinalmente incuestionable al concepto de tercer hipotecario, la sentencia (...) ha de ser casada...”*.

La STS de 30 de mayo de 2008 recuerda que el fundamento del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se encuentra en *la protección de la apariencia jurídica que comporta la inscripción registral* (cita la STS de 15 de febrero de 1995), de modo que, concurriendo los demás requisitos que dicha norma exige, el tercero queda protegido, mediante la inscripción de su derecho, respecto de los vicios que afecten a la adquisición del *titular registral* que le transmitió, los cuales quedan purificados para él por razón de la nueva transmisión y su constancia en el Registro de la Propiedad.

Indica que el artículo 34 no puede ser interpretado de forma extensiva en tanto que supone hacer prevalecer la realidad registral sobre la realidad jurídica extrarregistral, por la única razón de *proteger a quien siendo tercero adquiere un derecho de persona que en el Registro de la Propiedad aparece con facultades para transmitirlo*, de modo que será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el propio Registro y, por tanto, que el tercero ni conozca (pues, en caso contrario, no sería tercero de buena fe) ni hubiera podido conocer (por no figurar en el propio Registro).

Concluía esta Sentencia que en aquel caso concreto el recurrente no podía invocar la condición de tercero hipotecario ya que, respecto de una de las fincas, faltaba la previa inscripción (matriculación) y, respecto de otra, constaba *“inscrita en el Registro a nombre del anterior titular -causante de los vendedores-, por lo que tampoco se cumplía la condición de que la finca figurara registralmente inscrita a nombre del transmitente en el momento de la venta, como esta Sala exigió ya en sus antiguas sentencias de 11 mayo 1909, 26 febrero 1949, 20 octubre 1954, 24 abril 1962, 3 octubre y 22 noviembre 1963 y 12 noviembre 1970”*.

Indica finalmente que *“es la fe del ‘tercero’ en el contenido registral la que purifica su título y el de su transmitente en lo que a él afecta, y el contenido del Registro en el momento de su adquisición no proclamaba la titularidad de aquellos que le transmitían, por lo que faltaba tal requisito para su posible configuración como tercero hipotecario, y ni siquiera la inscripción posterior del derecho (sólo aparente) de sus vendedores y de su propio derecho le deja a salvo frente a la nulidad del acto de adjudicación de fincas que unilateralmente efectuaron quienes le vendieron las referidas fincas sin solución de continuidad a su adjudicación por título hereditario”*.

13. Pues bien; el requisito que se ha analizado no concurre en el presente supuesto, ya que en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca a favor de La Caixa, las previas escrituras de adquisición de las fincas por parte de ZON. HAB., S.L. no estaban inscritas en el Registro (ni siquiera se habían presentado a inscripción), de modo que el día 7 de julio de 2006 (cuando se adquiere el derecho de hipoteca) el Registro no mostraba a ZON. HAB., S.L. como titular registral de la finca nº 773 (ni de la agrupada nº 6.411), sino a la Sra. R.X.F., que registralmente era quien poseía la legitimación para disponer y gravar la finca.

Es evidente que, aun no constando inscrita la titularidad de ZON. HAB., S.L. en el momento de constituirse la hipoteca, La Caixa adquirió la garantía real en la confianza de que todos los títulos intermedios (los de adquisición de las fincas por ZON. HAB., S.L. de sus anteriores titulares registrales y el de agrupación de fincas), que sin duda le fueron mostrados, producirían, una vez inscritos, el engarce perfecto y previo con su adquisición, pero tal circunstancia no permite tener por cumplido

el requisito de que el tercero, en el momento en que realiza la adquisición del derecho real, haya adquirido de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirle, de acuerdo con el estricto tratamiento de las exigencias que refiere el art. 34 LH para configurar al tercero hipotecario y protegerle en su adquisición.

QUINTO. 14. Declarada la nulidad parcial del contrato traslativo del dominio a favor del disponente o transferente ZON. HAB., S.L., en los términos objetivos descritos, y excluida la protección de La Caixa como tercero hipotecario, procede la consecuencia pretendida en la demanda de cancelar la garantía hipotecaria en la medida en que afecta a la vivienda y porción de terreno de 800 m² en el que se ubica y de la porción de terreno contiguo de 1.365 m², de la finca registral nº 773 de Celrá (agrupada en la registral 6.411), de acuerdo con el plano acompañado a la demanda, librándose a tal efecto los mandamientos registrales pertinentes y con cancelación de las inscripciones contradictorias.

15. Es estimable así mismo el pedimento del apartado g) de la súplica, debiendo soportar la concursada el coste de los gastos notariales, registrales e impuestos, a determinar en ejecución de sentencia, que se devenguen para dar cumplimiento a la misma, como consecuencia de la obligación de restitución de las prestaciones derivada de la nulidad parcial del contrato de compraventa.

16. La estimación de la pretensión frente a La Caixa no ha de determinar la imposición de las costas procesales en atención a las dudas de derecho que suscita, en este caso, la aplicación del art. 34 LH

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 117/2013, de 30 de Septiembre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Los presupuestos para la adopción de las **medidas cautelares** establecidas en el art. 87.4 LC son esencialmente los mismos que los del art. 728 LEC: (i) peligro en la demora (*periculum*: la contingencia tiene visos de poderse mantener durante más tiempo del pactado en el convenio como plazo de espera para el resto de acreedores) y (ii) apariencia de buen derecho (*fumus*: existencia de un pronunciamiento judicial conforme al cual la concursada habría incumplido el contrato).

La finalidad de tales medidas es garantizar la efectividad de los créditos contingentes salvaguardando la *par condicio creditorum*. Las medidas más razonables serían: o bien la obligación de la concursada de consignar en la cuenta del juzgado que conoce del concurso una cantidad correspondiente a la misma proporción que la que pague a los demás acreedores siguiendo el plan de pagos establecido en el convenio, o bien garantizar esos pagos por medio de aval bancario. La falta de constitución de esas garantías podrá ser considerada como causa de incumplimiento del convenio, en la misma medida que la falta de pago del crédito de los demás acreedores afectados por el convenio.

El art. 87.4 LC no exige al acreedor contingente la prestación de una caución y constituye norma especial sobre la establecida en el art. 728 LEC. El legislador no exige fianza porque persigue evitar que sufra las desventajas derivadas del peligro en la demora.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado en esta instancia el conflicto que enfrenta a las partes

1. AUD. SPO., S.L. solicitó, al amparo del art. 87.4 LC, medidas cautelares en garantía de los créditos que le han sido reconocidos en el concurso de MED., S.L.U. con el carácter de contingentes. Los referidos créditos guardan relación con dos procedimientos distintos:

a) De una parte, el pleito seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 36 de Madrid, autos de Juicio Ordinario 1052/2007, que finalizó por medio de Sentencia de 15 de marzo de 2010, actualmente pendiente de que se resuelva el recurso de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha resolución condenó a MED., S.L.U. a aportar a AUD. SPO., S.L. determinados derechos que habría adquirido contraviniendo lo establecido en una cláusula del contrato suscrito entre las partes el 24 de julio de 2006. En relación con dicho pronunciamiento de condena pretende AUD. SPO., S.L. que se le reconozca el crédito de 122.000.000 euros correspondiente al equivalente pecuniario de la entrega de los derechos AUD. SPO., S.L. a que estaba obligada la concursada por virtud de la sentencia no firme citada.

b) El segundo proceso es el incidente concursal 570/2010, iniciado en el mismo Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona y que se encuentra suspendido por prejudicialidad civil en relación con el proceso anterior. En este segundo proceso AUD. SPO., S.L. reclama por los daños y perjuicios que estima que le ha causado MED., S.L.U. como consecuencia del incumplimiento del contrato de 24 de julio de 2006 durante el periodo de tiempo que media entre la jornada 20ª de la temporada 2007/2008 hasta el final de la temporada 2008/2009. Concretamente las cantidades reclamadas son las siguientes: (i) un crédito de 97.678.000 euros correspondiente a los daños y perjuicios; (ii) un segundo crédito de 10.656.014,68 euros, correspondientes a los intereses del crédito anterior que ha sido reconocido con el carácter de contingente subordinado.

Las medidas solicitadas consisten en que se ordene a la concursada la constitución de una provisión con cargo a la masa activa o, subsidiariamente, que se le ordenara la prestación de una fianza personal por terceros socios o empresas del grupo o bien la adopción de cualquier otra medida que garantice los créditos, manteniendo las medidas mientras subsista el carácter contingente.

2. El juzgado mercantil rechazó la solicitud argumentando que, una vez aprobado judicialmente el convenio alcanzado entre MED., S.L.U. y sus acreedores, ha perdido justificación la adopción de las medidas interesadas, al quedar los créditos referidos sometidos a la disciplina del convenio. También argumentó que estaba impedido para poder ponderar las posibilidades de confirmación de los créditos.

3. AUD. SPO., S.L. interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil fundándose en los siguientes motivos:

a) Los presupuestos para la adopción, al contrario de lo que ha considerado la resolución recurrida, no son sustancialmente distintos de las medidas cautelares de la LEC y no tiene sentido alguno que se exija como presupuesto que la solución concursal sea la de liquidación.

b) De haberse adoptado la medida solicitada se habría constatado la falta de viabilidad del convenio aprobado.

c) El juez del concurso no ha querido o no se ha atrevido a hacer un juicio sobre la probabilidad de que los créditos calificados de contingentes se confirmen.

d) Concurren los presupuestos para la adopción de las medidas interesadas, esto es, la instrumentalidad de la medida solicitada, la apariencia de buen derecho y el peligro por la demora y ofrece la prestación de la fianza que se le señale.

SEGUNDO. Sobre los presupuestos de las medidas cautelares en la LC

4. Discrepando de la argumentación de la resolución recurrida, que considera que no son de aplicación los presupuestos de la cautelabilidad establecidos en la LEC, el recurso estima que sí lo son y añade que no tiene justificación alguna que se exija como presupuesto para la adopción de las medidas del art. 87.4 LC la apertura de la fase de liquidación, como ha hecho la resolución recurrida.

5. No creemos que la resolución del conflicto que enfrenta a las partes nos exija hacer un pronunciamiento general sobre cuáles sean los presupuestos de la cautelabilidad dentro de la legislación

concurzal. Y resulta peligroso hacer ese planteamiento con carácter general, atendida la diversidad de medidas cautelares reguladas dentro de la legislación concursal, así como, incluso, la discutible naturaleza cautelar que puedan tener algunas de ellas. No obstante, pese a ello, creemos que **las medidas establecidas en el art. 87.4 LC tienen un genuino carácter cautelar, pues pretenden garantizar la efectividad de los derechos de los acreedores mientras se desvanece la situación de duda que pueda afectar a sus créditos calificados como contingentes por su carácter litigioso como consecuencia de una eventual distribución de la masa del concurso antes de que la contingencia desaparezca.**

En tal sentido, debemos compartir con la recurrente que **los presupuestos para la adopción de tales medidas son esencialmente los mismos establecidos en el art. 728 LEC, con las concreciones que en cada caso realice el legislador o resulten de la naturaleza de la medida o del proceso concursal. En tal sentido, coincidimos con las partes en que, para que proceda la adopción de las medidas solicitadas, es preciso que concurren los típicos presupuestos de la cautelabilidad: (i) peligro en la demora (*periculum*) y (ii) apariencia de buen derecho (*fumus*).**

6. Aunque en abstracto la resolución recurrida considerara que tales presupuestos no son de aplicación a estas medidas, creemos que su argumentación concreta predica una cosa bien diferente. **Cuando se detiene en analizar cuál es la solución concursal, para descartar que sea la de liquidación, creemos que no hace otra cosa que analizar si concurre *periculum*. Y cuando analiza las posibilidades de que los créditos resulten confirmados, no hace otra cosa que analizar si concurre *fumus*.** Cuestión distinta es que el juzgado mercantil sea consciente de ello y que realice con corrección el análisis sobre cada uno de esos presupuestos, cuestión sobre las que más adelante nos extenderemos. Esto último es lo que creemos que debe considerarse propiamente cuestionado por el recurso que discrepa abiertamente de las apreciaciones que la resolución recurrida efectúa sobre cada uno de esos presupuestos.

TERCERO. Sobre el *periculum*

7. El recurso discrepa de la resolución recurrida en su exigencia, para que puedan adoptarse las medidas interesadas, de que la solución concursal hubiera sido la de liquidación en lugar del convenio, como ha ocurrido en este proceso concursal. En opinión de la recurrente, es irrelevante cuál sea la solución concursal y justifica la existencia de peligro en la demora argumentando que la continuidad por parte de MED., S.L.U. en la explotación de los derechos AUD. SPO., S.L.es a cuya entrega había sido condenada puede determinar la imposibilidad de cumplimiento de esa prestación *in natura* y la necesidad de que deba hacerse el pago por equivalente, con la circunstancia de que perdería la fuente de financiación fundamental que permitiría seguir cumpliendo el convenio aprobado y pagar los créditos concursales. Ello, estima, puede repercutir de forma muy notable en la efectividad de su crédito, si su pago resulta postergado.

8. MED., S.L.U. estima que no existe *periculum*, ya que el convenio aprobado prevé exclusivamente una espera de 35 meses y que el pago de los créditos concursales sea atendido con los recursos que genere la continuación del ejercicio de la actividad empresarial de la concursada.

Opinión del tribunal

9. Solo en parte podemos compartir el punto de vista de la recurrente. Aunque es cierto que las medidas del art. 87.4 LC no están condicionadas a que se abra la liquidación o a que sea la solución concursal más probable, tampoco creemos que resulte irrelevante cuál haya sido la solución concursal o se perfile como más probable. Esa cuestión debe ser puesta en directa relación con el examen del presupuesto del peligro en la demora y resulta claro que el riesgo de ineffectividad del crédito contingente es ostensiblemente más notable en un escenario de liquidación que en el de convenio.

10. **Lo que una medida cautelar como esta pretende no es propiamente establecer garantías de la efectividad del crédito, sino evitar que se puedan producir fracturas de la *par condicio creditorum* y que, como consecuencia de la demora en el reconocimiento de alguno de los créditos, puedan**

resultar beneficiados otros de su mismo rango pero que obtuvieron su reconocimiento de forma previa.

11. Por consiguiente, en un escenario de liquidación, la medida debe entenderse que pretende evitar que los acreedores contingentes puedan ver frustradas sus expectativas de cobrar sus créditos en la misma proporción que los demás acreedores por consecuencia del propio pago que se vaya haciendo a los acreedores no contingentes. Y la cuestión está en si en un escenario de convenio ese riesgo también existe. Habrá que estar para ello a los términos del propio convenio, que ha de afectar a los créditos contingentes aunque no lo hubieran votado, para enjuiciar si existe riesgo de ineffectividad y en qué medida el mismo se podría producir.

12. No podemos negar que el riesgo de ineffectividad existe en un escenario de convenio en la medida en que el mismo haya previsto que se vayan haciendo pagos a los acreedores cuyos créditos no estén afectados por contingencias, ya que esos pagos reducen la masa activa y, por tanto, pueden disminuir la garantía de la efectividad de los créditos contingentes.

13. Aunque en el supuesto enjuiciado el convenio contempló una espera de 35 meses, de la propia argumentación de MED., S.L.U. se deriva que no existe ninguna garantía fiable de que la contingencia haya podido desaparecer antes del transcurso de un plazo tan dilatado, dado que aún no ha recaído sentencia en segunda instancia y está abierta la posibilidad de que las partes puedan acudir posteriormente al recurso de casación, sin contar con otra dificultad añadida: que los créditos que se pretenden garantizar no son líquidos y sería preciso acudir a un posterior procedimiento de liquidación para poder determinar su importe, una vez firme el proceso anterior y caso de que su resultado sea favorable para la acreedora. Y todo ello sin contar que una parte del mismo está siendo objeto de un incidente concursal que se encuentra suspendido en espera de que recaiga sentencia firme en el proceso iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid.

En suma, la conclusión a la que es preciso llegar es que la contingencia tiene visos de poderse mantener durante más tiempo del pactado como plazo de espera, lo que significa que existe peligro en la demora.

14. Por otra parte, que el peligro no sea inmediato, esto es, cercano al momento de la solicitud, no significa que no exista. El peligro existe, aunque su materialización se producirá en el momento en el que comiencen los pagos al resto de los acreedores. Eso no excluye que debamos apreciar que concurre este presupuesto de la cautelabilidad, aunque sus particulares características deban condicionar el de las medidas que se deban adoptar para remediarlo. Más adelante entraremos en esa cuestión.

CUARTO. Sobre el enjuiciamiento del *fumus*

15. Cuestiona el recurso la forma en la que el juzgado ha afrontado esta cuestión, que se llega a decir que ha implicado una verdadera dejación contraria a la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC). Concretamente, se afirma por la recurrente que la resolución recurrida no se ha atrevido a juzgar sobre la probabilidad de que se confirmen los créditos cuya efectividad está solicitando que se garantice, que constituye el presupuesto esencial al que el art. 87.4 LC condiciona la adopción de las medidas cautelares solicitadas.

16. La AC estima que el juzgado mercantil no podía pronunciarse sobre ese particular porque carece de competencia objetiva para ello. La concursada opone que no existe apariencia de buen derecho porque el crédito no tiene carácter dinerario y porque no se encuentra cuantificado.

Valoración del tribunal

17. No podemos compartir con la AC que el juez del concurso carezca de competencia objetiva para emitir el juicio relativo a la probabilidad de que pudiera ser confirmado el crédito. No se trata de que el juzgado mercantil atraiga hacia sí la competencia para resolver el recurso de apelación planteado

contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid, lo que resulta impensable, sino que se pronuncie de sobre un presupuesto de la solicitud de medidas cautelares, competencia que la propia Ley Concursal atribuye al juez del concurso. Por consiguiente, se trata de una competencia de carácter prejudicial y sobre la que no es susceptible de extender la suspensión decretada en otro incidente concursal porque la naturaleza de este procedimiento cautelar impide la suspensión. Por consiguiente, **solo es competente el juez del concurso para emitir ese juicio sobre el *fumus* que implica juzgar la procedencia de que el crédito se confirme y no puede dejar de hacerlo por el hecho de que esté conociendo sobre el crédito un órgano jurisdiccional distinto.**

El propio art. 87.4 LC exige al juzgado que analice, como fundamento para la concesión de la medida cautelar, si estima probable la confirmación del crédito contingente. Ello no es sustancialmente distinto al enjuiciamiento de la apariencia de buen derecho, de forma que el juzgado no podía dejar de enjuiciar esa probabilidad bajo ningún pretexto.

18. Y también tiene razón la recurrente en cuanto al fondo, esto es, en que no es exigible que la Audiencia Provincial de Madrid haya dictado sentencia confirmatoria de la previamente dictada por el Juzgado de Primera Instancia 36 de Madrid para que el juicio de probabilidad sobre la eventualidad de confirmar el crédito en el concurso deba ser favorable. Es cierto que la existencia de ese pronunciamiento no excluye que el juez del concurso pueda emitir un juicio de probabilidad desfavorable, cuando estime que existen razones para ello. Lo que no puede hacer es dejar de emitirlo, justo lo que hizo.

19. Compartimos con la recurrente que **la mera existencia del pronunciamiento judicial, aun no firme, que declara el crédito es un dato muy importante favorable a la probabilidad de que el crédito se termine confirmando. Para deshacer ese juicio favorable a la existencia de apariencia de buen derecho es preciso que se evidencien buenos argumentos que puedan hacer pensar en la probabilidad de que el pronunciamiento termine siendo revocado**, argumentos que no creemos que existan en el supuesto que examinamos.

20. En cambio, no podemos compartir que apoyen la existencia de apariencia de buen derecho las alegaciones de la recurrente que niegan a sus créditos el carácter contingente. Ni siquiera creemos que deba entrarse en ellas porque se trata de una cuestión ajena completamente al objeto de este procedimiento cuya justificación se encuentra precisamente en la calificación de los créditos como contingentes, de forma que creemos que lo que hace la parte es más bien debilitar su argumentación que apoyarla cuando insiste en negar a sus créditos el carácter contingente, pues con ello está negando el fundamento de su solicitud de medidas cautelares.

En cualquier caso, creemos que **lo único relevante en este procedimiento es que los créditos hayan sido calificados como contingentes**, lo que no se discute que ha ocurrido.

21. Y tampoco creemos que sea relevante, a estos efectos, que el crédito no se encuentre **cuantificado** sino que se trate de una obligación de hacer pendiente de una posterior y eventual cuantificación. **Lo único relevante para juzgar sobre la apariencia de buen derecho en este momento es la existencia de un pronunciamiento judicial conforme al cual la concursada habría incumplido el contrato** que le unía con AUD. SPO., S.L. A ello podría añadirse que, dado el período al que estaban referidos los derechos AUD. SPO., S.L. objeto de ese contrato, ya vencido, no parece que resulte posible el cumplimiento *in natura*, lo que determinará que haya que acudir al cumplimiento por equivalente en el caso de que el pronunciamiento judicial finalmente se confirme.

Es cierto que existe incerteza sobre cuál pueda ser la cuantía definitiva del crédito resultante pero no se trata de una incerteza que impida que exista apariencia de buen derecho. Se acepta que las cantidades indicadas por el acreedor pueden ser discutibles y que no constituyen otra cosa que un límite máximo a sus derechos. No obstante, no por ello el crédito deja de existir. **Los problemas de cuantificación no son trasladables a la existencia del crédito, que es lo esencialmente relevante para juzgar la existencia de la apariencia de buen derecho.** La cuantificación cumple una función secundaria, ya que se constituye en un mero parámetro que debe indicar el alcance de la medida a adoptar.

QUINTO. Sobre el objeto de las medidas cautelares y la trascendencia de las medidas para la viabilidad del convenio

22. Justificado en los fundamentos anteriores que concurren los presupuestos que justifican la adopción de las medidas interesadas, procede ahora determinar cuáles son las medidas que se deben adoptar y su alcance.

Las concretas medidas que fueron solicitadas por AUD. SPO., S.L. fueron las siguientes:

a) Como petición principal: ordenar a la concursada la constitución de una provisión con cargo a la masa por el importe de sus créditos, esto es, en total 230.334.014,68 euros.

b) Como peticiones subsidiarias:

(i) ordenar a la concursada la prestación de una fianza por los referidos importes;

(ii) o bien cualquier otra que se considere oportuna dirigida a garantizar la finalidad de que sus créditos sean satisfechos en el momento que corresponda.

23. En cuanto a la petición principal, la constitución de una provisión con cargo a la masa por el importe de los créditos, ignoramos a ciencia cierta qué es lo que realmente pretende la solicitante con esa solicitud. Si se trata meramente de que se haga una provisión contable, dudamos de que la medida tenga objeto porque los principios contables de aplicación son los que establecen cuándo y cómo se deben hacer esas provisiones contables. Por consiguiente, no creemos que debamos ser nosotros quienes ordenemos hacerlas sino que son los administradores quienes han de actuar con diligencia y realizarlas cuando resulten procedentes. Por otra parte, **no creemos que una mera provisión contable tenga utilidad alguna para garantizar el respeto del principio de la *par condicio creditorum*.**

Por otra parte, si lo que pretende la recurrente es que se obligue a la concursada a hacer una provisión en sus cuentas para que se evidencie la inviabilidad del convenio, creemos que la petición excede con mucho el objeto del presente proceso. **La única finalidad de las medidas interesadas es, como se ha anticipado, preservar la igualdad de trato ante el pago de sus créditos de los acreedores contingentes con los que no lo son. Por ello, resultan completamente ajenas a este procedimiento pretensiones tales como las relativas a la viabilidad del convenio, que deben ser articuladas por la parte a través del procedimiento correspondiente.**

Olvida la parte al hacer esas consideraciones que **la única finalidad de las medidas solicitadas es garantizar la efectividad de su crédito salvaguardando la *par condicio creditorum*.** Por consiguiente, las medidas a adoptar deberán ser, a la vez que instrumentales a tal finalidad, las menos gravosas para la masa activa del concurso y para quien las debe sufrir, atendida la solución concursal adoptada.

24. Por consiguiente, no cumpliendo la medida principal interesada el carácter de resultar instrumental y adecuada a la finalidad pretendida, debemos analizar las solicitadas con el carácter de subsidiario.

25. En cuanto a la solicitud de prestación de una fianza, no se precisa qué tipo de afianzamiento es el que debería prestarse, aceptando la parte que pueda ser tanto de la concursada como de terceros, con tal de que cumpla la finalidad de garantizar el pago de las deudas. Creemos que tampoco esta medida es adecuada pues, **si bien garantiza el crédito de la solicitante, mejora su situación respecto del crédito de los demás acreedores, al establecer una garantía adicional respecto de la masa activa, ya que es impensable que sea la propia concursada quien afiance personalmente sus propias obligaciones.** Por otra parte, no vemos cómo podemos obligar a terceros a que presten esa garantía, de manera que la medida no tendría aplicación práctica.

26. Más razonable nos parece establecer la **obligación de la concursada de consignar en la cuenta del juzgado que conoce del concurso una cantidad correspondiente a la misma proporción de los créditos de AUD. SPO., S.L. que la que pague a los demás acreedores como créditos ordinarios siguiendo el plan de pagos establecido en el convenio o bien garantizar esos pagos por medio de aval bancario que cumpla los requisitos a que se refiere el art. 529.3 LEC.** La cantidad en su caso depositada deberá permanecer en la cuenta de consignaciones hasta que desaparezca la contingencia que afecta a los créditos de AUD. SPO., S.L., para ser entregada a la misma o bien devuelta a la masa, según el resultado de los pleitos a los que se encuentra asociada. Y el aval depositado deberá quedar bajo la custodia del Sr. Secretario en los mismos términos.

27. La falta de constitución de esas garantías podrá ser considerada como causa de incumplimiento del convenio, en la misma medida que la falta de pago del crédito de los demás acreedores afectados por el convenio.

SEXTO. Importe a garantizar y fianza

28. La concursada cuestiona que la cuantía de las deudas que podrían declararse coincidan con las que AUD. SPO., S.L. ha establecido en su solicitud de forma unilateral.

Somos conscientes de la dificultad de establecer ese importe en un momento en el que el estado de los procedimientos en los que se deberían señalar no permite conocer suficientes datos objetivos para hacerlo. No obstante, esa inseguridad creemos que no debe perjudicar al acreedor afectado por la contingencia sino que debe afectar a la concursada. No puede olvidarse que estamos en el ámbito de un proceso concursal instado por la propia MED., S.L.U. en el que la posición de los acreedores ya es suficientemente gravosa, ya que deben soportar las consecuencias de una situación concursal que no les es imputable y de la que MED., S.L.U. se ha beneficiado con la consecución de un convenio de aplazamiento del pago de sus deudas. Por esa razón estimamos que **las incertezas relativas a los créditos de AUD. SPO., S.L., a los efectos de un procedimiento estrictamente concursal como el que es objeto de este incidente, deben pesar sobre la concursada.**

29. La misma razón que acabamos de exponer nos lleva a no señalar caución alguna a cargo del acreedor. El art. 87.4 LC no exige la prestación y constituye norma especial sobre la establecida en el art. 728 LEC. Que hayamos concluido que esa norma pueda ser de aplicación respecto del *fumus* y el *periculum* no significa que también lo deba ser a los efectos de la caución o fianza. Lo que hemos querido decir cuando hemos postulado su aplicabilidad respecto de aquellos otros presupuestos es que **las normas de este precepto respecto de la exigencia de apariencia de buen derecho (que el propio art. 87.4 LC describe en qué consiste) y peligro en la demora (que está implícito en la propia finalidad que es fácil deducir que el legislador ha atribuido a esta norma) ayudan o complementan la regulación especial que hace la norma concursal y ayudan a entender su significado.**

El legislador no exige fianza porque no es razonable que lo haga en una medida de este tipo que no pretende dar ventajas a un acreedor sobre el resto, como ocurre en las medidas cautelares típicas de la LEC, sino que persigue evitar que sufra las desventajas derivadas del peligro en la demora. Es la propia situación concursal la que justifica una norma como ésta, de forma que los eventuales perjuicios que podría sufrir la concursada no son consecuencia de la medida adoptada sino de su situación concursal. Por ello no creemos que sea razonable señalar fianza alguna al acreedor.

SÉPTIMO. Costas

30. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

31. Tampoco procede la imposición de las costas de la primera instancia, atendido que las medidas no se adoptan en los propios términos interesados y que la imposición de costas en los procedimientos de medidas cautelares únicamente procede en los supuestos en los que explícitamente lo contempla la norma procesal, entre los que no se encuentra el presente, sino exclusivamente los establecidos en los arts. 736 y 741 LEC.

Capítulo 7.- Convenio.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 174/2013, de 29 de Abril de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Antes de la entrada en vigor de la Reforma de 2011, conforme a su Disposición Transitoria 4.2, no puede aplicarse la nueva redacción del artículo 84.2.5 LC; por lo que una vez abierta la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, **el crédito de la TGSS** nacido tras la aprobación judicial del **convenio**, ha de ser conceptualizado como **crédito concursal**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) promovió este incidente concursal para que se conceptualizara como crédito contra la masa el que ostentaba contra la concursada, CONS. RI., S.L., por importe de 198.856,65 euros, que había sido clasificado por la Administración concursal (AC) como crédito concursal. La desestimación por el juzgado mercantil de la pretensión de la TGSS ha dado lugar al recurso de apelación mediante el cual la TGSS insiste en su petición inicial, a la que se oponen la concursada y la AC, como ya hicieron en la primera instancia.

2. No hay desacuerdo entre las partes acerca de los antecedentes de hecho de la reclamación:

- i. El 17 de diciembre de 2008, el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona dictó auto por el que declaraba el concurso voluntario de CONS. RI., S.L.
- ii. El 31 de marzo de 2009, la AC presentó el informe previsto en el artículo 74 de la Ley concursal (LC).
- iii. El 20 de julio de 2010 fue aprobado el convenio de acreedores.
- iv. El 25 de enero de 2012, el juzgado declaró incumplido el convenio y acordó la apertura de la fase de liquidación.
- v. Posteriormente –la fecha no consta en las actuaciones del incidente ni la indican las partes–, la AC emitió nuevo informe de actualización del inventario y la lista de acreedores, en que clasificó los créditos de la TGSS de la forma siguiente:

- Privilegio especial, 198.856,65 euros
 - Ordinario, 179.428,54 euros
 - Subordinado, 30.863,82 euros.
- vi. El crédito de 198.856,65 euros que genera este incidente corresponde a cuotas generadas después de la declaración de concurso y está garantizado con hipoteca inmobiliaria a favor de la TGSS.

3. La divergencia es de naturaleza estrictamente jurídica y gira en torno a la interpretación y aplicación del artículo 84.2.5 LC y de la disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC.

El artículo 84.2.5 LC, en su redacción tras la reforma por la Ley 38/2011, considera créditos contra la masa " *los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso*".

En su redacción anterior, el artículo 84.2.5 se refería, como créditos contra la masa, a " *los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, **apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso***" (subrayamos la parte modificada por la reforma).

El preámbulo de la Ley 38/2011, invocado por la TGSS, dice al respecto, en el punto V.II: " *A igual propósito [favorecer la solución conservativa del concurso] responde la consideración expresa de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese dinero nuevo que contribuye a la continuidad de su actividad.*" Introduce, por tanto, un criterio diverso del que ha mantenido este tribunal al aplicar la norma legal derogada. **En sentencias anteriores (por todas, la de 26 de marzo de 2008, invocada por los apelados), hemos declarado que los créditos nacidos después de la aprobación del convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación no habían nacido en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial, por lo que no podía reconocérseles, sin más, el carácter de créditos prededucibles.**

4. La disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 38/2011 establece: " *Los artículos 49, **84** -salvo los nuevos apartados 3, 4 y 5-, 86.2, 3 y 4, 90.1, 91, números 1.º, 3.º, 5.º, 6.º y 7.º, 92, números 1.º, 3.º y 5.º, 93.2.3.º y 94.4 de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, así como a efectos procedimentales lo dispuesto en los artículos 94.4, 95.1 y 96.4 y 5 de la Ley Concursal, modificados por esta Ley, se **aplicarán a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal.** A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta Ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal*" (subrayado nuestro).

La sentencia del juzgado razona que, a la entrada en vigor de la Ley 38/2011 ya se había presentado, en tiempo y forma, el informe de la AC previsto en el artículo 74 LC. Por ello, concluye que no estamos ante un concurso al que sea aplicable la nueva redacción del artículo 84. Esta es también la tesis de la AC y de la concursada.

La TGSS no niega que el informe de la AC, regulado en el título IV de la LC, fue presentado en su momento, pero estima que la referencia legal al informe debe entenderse hecha, en el caso de autos, al informe de actualización emitido por la AC en el año 2012, la discrepancia con el cual ha motivado la demanda incidental.

No compartimos la interpretación de la apelante. Como razona la AC en el escrito de oposición al recurso, cuando la disposición transitoria cuarta.2 menciona *el informe* presentado por la AC, sin más precisión -pese a que en el procedimiento concursal son varios los informes que elabora la

AC-, ha de entenderse que se refiere al informe de la AC al que la LC dedica su título IV, bajo la rúbrica: *"Del informe de la administración concursal y de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso"*, es decir, el informe regulado en los artículos 74 y siguientes LC.

Esa interpretación la corrobora, a nuestro juicio, la referencia expresa al artículo 74 LC contenida en el inciso final de la propia disposición transitoria cuarta.2, cuando dice que, *a tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta Ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal."*

El informe previsto en el artículo 74 LC se presentó, en el caso de autos, el 31 de marzo de 2009, años antes de la entrada en vigor de la ley 38/2011, el 1 de enero de 2012. Por tanto, conforme a la norma transitoria examinada, no puede aplicarse al caso la nueva redacción del artículo 84.2.5 LC y debe confirmarse la decisión del juez mercantil, de acuerdo con la cual y por las razones antes expuestas, **una vez abierta la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, el crédito de la TGSS de 198.856,65 euros, cuya clasificación se discute, nacido tras la aprobación judicial del convenio el 20 de julio de 2010, ha de ser conceptuado como crédito concursal.** La interpretación contraria implicaría una aplicación retroactiva inadmisibles de la nueva norma.

En consecuencia, ha de desestimarse el recurso de apelación de la TGSS.

5. Pese a la desestimación del recurso de apelación, la ausencia de criterios jurisprudenciales consolidados sobre la interpretación de la disposición transitoria aplicada fundamenta dudas de derecho determinantes de que no impongamos las costas de la segunda instancia (artículos 196.2 de la LC y 394.1 y 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 368 / 2013, de **23 de Octubre de 2013.**

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Los **créditos generados tras la aprobación del convenio** y hasta la eventual apertura de la liquidación por incumplimiento son **créditos contra la masa**. Para la aplicación intertemporal de la norma reformada (84.2.5º LC), la disposición transitoria cuarta, apartado 2º de la Ley de reforma 38/2011 señala la prórroga del plazo para emitir el "informe inicial", lo que haría inaplicable la nueva legislación.

El art. 59 LC sólo se aplica a los intereses y recargos generados por **créditos concursales**, no por créditos contra la masa. Los créditos contra la masa que ostenta la TGSS por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC. Los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de Seguridad Social de la concursada con posterioridad a dicha declaración, comparten con el principal de dichas cuotas el carácter de crédito contra la masa.

Notas: Reitera el criterio de la Audiencia en la materia, apoyados en la doctrina del Tribunal Supremo: STS de 4 de diciembre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso de la TGSS plantea dos cuestiones de carácter jurídico:

- ✓ la calificación como créditos contra la masa de los generados (por cotizaciones a la TGSS) a partir de la aprobación del convenio hasta la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, de conformidad con los preceptos de la LC reformados por la Ley 38/2011 y sus disposiciones transitorias, al tratarse de un concurso en el que el convenio fue aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley; y
- ✓ la calificación como crédito contra la masa de un recargo por falta de pago correspondiente a una mensualidad de cotización a la TGSS que tiene la consideración indiscutida de crédito contra la masa.

SEGUNDO. *Sobre la primera cuestión*

2. En el concurso de IND. S.L. se dictó sentencia aprobando el convenio el 29 de marzo de 2010, y el 11 de abril de 2012 auto que declaraba incumplido el convenio y abría la fase de liquidación. En el período intermedio entró en vigor la Ley de reforma 38/2011 (el 1 de enero de 2012).

La administración concursal presentó en octubre de 2012 el informe de *actualización* a que se refiere el art. 180 LC, en el que calificaba los créditos comunicados por la TGSS, devengados en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, como concursales (con la clasificación pertinente).

La TGSS defiende en su demanda de impugnación y en el recurso de apelación que la calificación procedente es de créditos contra la masa, de conformidad con el art. 84.2.5º, y su apartado 10º, en la redacción dada por la Ley de reforma, cuya disposición transitoria cuarta, apartado 2º, ordena la aplicación de tales normas reformadas a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor en los que aún no se hubiese presentado "el informe" por la administración concursal, interpretando que este "informe" al que se refiere la norma sería, en caso de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, el informe de actualización que prevé el art 180 LC.

3. La sentencia apelada entiende que tras la reforma de la LC los créditos en cuestión (generados por la actividad del deudor con posterioridad a la aprobación del convenio y hasta la apertura de la liquidación por incumplimiento) tienen la condición de créditos contra la masa. No obstante, interpreta la disposición transitoria cuarta, apartado 2º, de la Ley 38/2011, en el sentido de que los nuevos preceptos se aplican a los concursos en tramitación en los que, al tiempo de la entrada en vigor de dicha Ley, no se hubiese presentado el "informe" de la administración concursal que contempla el art 75 LC en relación con el art 74. Como en este procedimiento ese informe fue presentado en el año 2010, no resultan de aplicación los nuevos preceptos.

La sentencia se refiere al art. 84.2.10º reformado, pero en realidad la norma relevante a estos efectos sería el art. 84.2.5º LC.

TERCERO. 4. Este último precepto, en su redacción originaria, disponía que son créditos contra la masa "los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (...), hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, *apruebe un convenio* o, en otro caso, declare la conclusión del concurso".

La fijación como *dies ad quem* para la consideración de créditos contra la masa el de la aprobación del convenio (momento en el que el convenio adquiere eficacia y cesan los efectos del concurso, aunque éste no concluya, ex art 133.1 LC) apoyaba la tesis que había mantenido esta Sala en el sentido de que los créditos generados tras la aprobación del convenio y hasta la eventual apertura de la liquidación por incumplimiento eran concursales y no contra la masa. Así lo ha venido a confirmar la STS de 4 de diciembre de 2012, que también advierte del cambio legislativo en este punto por la reforma operada por la Ley 38/2011.

5. Así debe admitirse a partir del nuevo art. 84.2.5º LC, que sustituye la mención *“hasta que el juez apruebe un convenio”* por la de hasta que *“declare la conclusión del concurso”*, además de sustituir en el apartado 10º del mismo art. 84.2, con coherencia, la expresión *“hasta la eficacia del convenio”* por la de *“hasta la conclusión”* del concurso. Para que no quepa duda del cambio legislativo, la **Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, apartado V, señala que *“a igual propósito [favorecer la solución conservativa del concurso] responde la consideración de que los créditos nacidos tras la aprobación judicial del convenio han de ser, en caso de apertura posterior de la fase de liquidación, créditos contra la masa. Se trata con ello de favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese `dinero nuevo` que contribuye a la continuidad de su actividad”***. Y así lo confirma la STS citada de 4 de diciembre de 2012 (fundamento séptimo).

6. La cuestión que se plantea es la **aplicación intertemporal de la norma reformada**, que ha de analizarse a la luz de la disposición transitoria cuarta, apartado 2º de la propia Ley de reforma 38/2011, que dispone, en la síntesis que aquí interesa: *“Los artículos 49, 84 -(a excepción de ciertos apartados)- (y otros), modificados por esta Ley, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, (...), se aplicarán a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal”*.

Como hemos mantenido, resolviendo un conflicto idéntico, en nuestra sentencia de fecha 29 de abril de 2013 (rollo 825/2012), el **“informe”** al que se refiere la norma es el previsto en el art. 74 LC cuyo contenido desarrolla el art. 75, es decir, el llamado **“informe provisional”**, o bien informe inicial, que luego será objeto de las modificaciones resultantes de la decisión las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, dando lugar a **“los textos definitivos”**, a los que aluden el art. 96.4 LC, actual art. 96.5, y otros. Así puede concluirse porque la propia disposición transitoria cuarta, apartado 2º, de la Ley 38/2011, continúa diciendo: *“A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión del informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal”*. Es decir, la propia disposición confirma que está haciendo referencia al **“informe”** que ha de presentar la administración concursal en el plazo que indica el art. 74, cuyo contenido, estructura y documentos anexos regula el art. 75, especificando que, tras las modificaciones legislativas, el plazo para emitir este informe podrá ser prorrogado.

Por ello, de acuerdo con el criterio que adoptamos en aquella sentencia y que ahora ratificamos, concluimos que la nueva legislación no resulta aplicable al presente supuesto.

CUARTO. Sobre la segunda cuestión

7. La sentencia, siguiendo el criterio de la AC, deniega el reconocimiento de crédito contra la masa (y como crédito concursal) de la cantidad de 1.272,69 €, devengada en concepto de recargo por falta de pago de cotizaciones a la TGSS, por estimar que lo impide el art. 59 LC.

No se discute que dicho recargo responde a la cuota de cotización del mes de mayo de 2012 (posterior al auto que abre la liquidación), por importe de 12.726,89 €, que debió ingresarse al mes siguiente a su devengo, y a esta cuota principal la AC le reconoce la condición de crédito contra la masa, por corresponder a un periodo posterior a la apertura de la liquidación.

8. El art. 59 LC, sin embargo, sólo se aplica a los intereses y recargos generados por créditos concursales, no por créditos contra la masa. Los créditos contra la masa que ostenta la TGSS por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 9 de mayo de 2013, 10 de abril de 2013, 19 de marzo de 2013, 15 de marzo de 2013 y 26 de noviembre de 2012, en las que se

fundamenta que los recargos generados por el impago de las cuotas de Seguridad Social de la empresa declarada en concurso devengadas con posterioridad a dicha declaración comparten con el principal de dichas cuotas el carácter de crédito contra la masa.

QUINTO. 9. Estimado en parte el recurso no procede la imposición de las costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 214/2013, de **22 de Mayo de 2013**.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Si en el régimen anterior a la LC, la acción a ejercitar ante el **incumplimiento del convenio** era la prevista en el artículo 906 Ccom, una vez derogado este precepto, se ha de acudir a la Disposición Transitoria 1ª 2º LC, con el efecto necesario de declarar de oficio el concurso del deudor.

El artículo 140.4 LC establece que la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos del artículo 136 (eficacia novatoria del convenio). Por lo tanto, se deben clasificar los créditos garantizados con hipoteca, como créditos con privilegio especial sobre los bienes hipotecados (90.1.1 LC).

El artículo 92.3r LC considera subordinados los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Por tanto, perdida la garantía real, el **crédito por intereses** es un crédito subordinado.

FONAMENTS DE DRET

1. L'incident concursal en examen el va instar l'INSTITUT CATALÀ DE FINANCES (en endavant, ICF), en impugnació de la classificació que la relació de creditors annexa a l'informe de l'administració concursal (AC) assignava al crèdit d'ICF en el concurs de M.I.T.A., S.A.

L'AC havia classificat el crèdit com a ordinari, per import de 14.734.731,73 euros, i com a subordinat, per 4.238.034,76 euros.

L'ICF, en la demanda incidental, sol·licitava la classificació com a crèdit amb privilegi especial, garantit amb hipoteca immobiliària, degudament instrumentada i inscrita, en la quantitat de 14.734.731,73 euros, i ordinari per la resta, de 4.238.034,76 euros. L'AC va oposar-s'hi.

El Jutjat va desestimar la demanda. La sentència impugnada no analitza els fonaments de fet i de dret al·legats per les parts i, quant a la desestimació de la impugnació, es limita a invocar l'article 86 de la Llei concursal (LC), que atribueix a l'AC la determinació de la inclusió o exclusió de crèdits i la qualificació d'aquests, i l'article 21 de la mateixa llei.

ICF, en el recurs d'apel·lació, sol·licita la revocació de la sentència del jutjat i el dictat d'una altra que aculli les pretensions de la demanda incidental. S'hi oposa també en aquesta instància l'AC.

2. Relacionarem a continuació uns antecedents de fet no discutits, que ja van establir-se en la interlocutòria d'aquesta Secció 15a de 18 de desembre de 2007 (f. 57 de les actuacions):

1. El 22 de setembre de 2002, el Jutjat número 2 de Berga va declarar la fallida de M.I.T.A., S.A. (procediment número 272/2002).

2. Per interlocutòria de 5 de març de 2004, es va aprovar el conveni assolit per M.I.T.A., S.A. amb els creditors, que implicava una dació en pagament dels béns de l'entitat fallida.

3. Per interlocutòria de 15 de juliol de 2005, el mateix jutjat va declarar l'incompliment del conveni i l'obertura del concurs.

4. En la interlocutòria de 2 d'agost de 2005, es va declarar l'estat de concurs de M.I.T.A., S.A.. Es tracta d'aquest concurs 324/2005 del Jutjat número 2 de Berga.

5. El 15 de maig de 2006, el jutjat de Berga va dictar una interlocutòria que anul·lava, en part, la declaració de concurs de M.I.T.A., S.A.. La decisió de nul·litat va ser impugnada per M.I.T.A., S.A..

6. La interlocutòria de 18 de desembre de 2007 d'aquesta Secció 15a va estimar el recurs d'apel·lació. Va deixar sense efecte la declaració de nul·litat acordada i va declarar la competència del Jutjat de Primera Instància número 2 de Berga per conèixer el concurs de M.I.T.A., S.A. preordenat a la liquidació, amb tots els efectes inherents a la declaració de concurs. Declaràvem aplicables les normes contingudes en els articles 49 i ss. de la LC i la resta procedents, d'acord amb l'article 147 LC. S'havia de procedir a determinar les masses activa i passiva en els termes indicats en el cos de la resolució d'apel·lació, conformement a la regulació continguda en la LC.

3. Les parts d'aquest procediment incidental no discuteixen que ICF estava reconegut en la fallida de M.I.T.A., S.A. com a creditor amb garantia real hipotecària sobre finques de la deutora (fet primer de la demanda incidental i de la contestació de l'AC).

És aquesta condició de creditor hipotecari la que fonamenta la sol·licitud d'ICF de classificació en el concurs actual com a creditor amb privilegi especial. La demandant limita la sol·licitud de crèdit privilegiat especial a la suma de 14.734.731,73 euros, perquè aquest import està garantit amb finques que, a la data de l'incident, continuen essent propietat de M.I.T.A., S.A.. Quant a la resta, 4.238.034,76 euros, sol·licita la classificació com a crèdit ordinari, perquè afirma que, malgrat estar també garantit amb hipoteca, les finques afectes han passat a ser de la titularitat d'altres empreses del grup (S.J.T., S.L. i H.S., S.L.).

ICF impugna que, malgrat que en l'inventari de l'informe de l'AC consten les garanties hipotecàries a favor d'ICF sobre les finques inventariades, en la relació actualitzada de creditors es classifiqui el primer crèdit com a ordinari i el segon com a subordinat. La demandant incidental combat la raó que ha donat l'AC per aquesta classificació: que ICF, malgrat ser titular d'un crèdit singularment privilegiat, va votar el conveni que, el seu dia, es va obtenir en la fallida de M.I.T.A., S.A. que ha precedit el concurs.

ICF al·lega que, atès que el conveni va ser rescindit per incompliment, va quedar sense cap efecte, com si no hagués existit, tant d'acord amb la legislació anterior (article 906 del Codi de comerç, C.com.) com amb l'actual (article 140.4 LC). Afegeix que, en qualsevol cas, el conveni votat per ICF en la fallida de M.I.T.A., S.A. mantenia la classificació del crèdit amb garantia real i preveia que es liquidaria amb càrrec a la venda dels béns afectes a la garantia.

Quant al crèdit de 4.238.034,76 euros, ICF al·lega que l'AC no ha donat cap explicació de la classificació com a subordinat. No es troba en cap dels supòsits de l'article 92 LC, per la qual cosa ha de ser conceptuat com a crèdit ordinari, sens perjudici de la garantia hipotecària que afecta a tercers posseïdors de les finques afectes.

4. L'AC, en contestar la demanda, al·lega, efectivament, que ICF va votar el conveni de la fallida amb les conseqüències de l'article 900.2 del C.com. Afegeix que el conveni no conté cap clàusula que fonamenti la dispensa de l'article 900.2 C.com. Exposa que totes les administracions públiques (inclòs ICF), és a dir, la gran majoria de creditors amb dret d'abstenció, van votar el conveni i ho van fer per protegir el sector tèxtil, que havia estat bàsic a Catalunya i es trobava en declivi, i per afavorir una zona, com el Bergadà, molt deprimida després del tancament de la indústria històrica de la mineria.

L'AC, després d'una extensa explicació del que hauria estat el veritable abast de l'acord –la resumirem més endavant-, conclou: que el conveni de la fallida no es va rescindir, perquè no hi va haver cap judici contradictori ni sentència, com exigeix la llei, abans i ara; que la interlocutòria esmentada d'aquesta Secció 15a, de 18 de desembre de 2007, no va entrar a jutjar aquesta qüestió i que, en definitiva, el conveni aprovat en la fallida no ha estat alterat, rescindit ni resolt i ha de fonamentar la classificació del crèdit efectuada per l'AC.

5. Considerem que l'exkurs de l'AC sobre l'origen i l'abast del conveni de la fallida de M.I.T.A., S.A. no aporta fets rellevants per resoldre l'apel·lació. La rellevància s'entén aquí, òbviament, no en relació amb consideracions sociològiques o econòmiques, sinó estrictament jurídiques, de manera que són rellevants els fets als quals la norma lliga l'efecte jurídic que preveu (en aquest cas, la norma que regula la classificació dels crèdits en el concurs). Ara bé, la justificació d'aquesta valoració i l'ampli espai que la contestació de l'AC dedica a la qüestió aconsellen recollir les al·legacions, per bé que sintèticament:

1. M.I.T.A., S.A. ja tenia problemes de competitivitat els anys 80, agreujats per la competència dels països en vies de desenvolupament. A finals dels 80 i principis dels 90, va necessitar un ajut decisiu de les administracions públiques, primer mitjançant avals de l'ICF en favor dels bancs que finançaven M.I.T.A., S.A., i, després, amb assumpció per l'ICF d'aquells crèdits, entrant en una cursa sense retorn d'increment del crèdit públic.

2. El 9 de gener de 1995, M.I.T.A., S.A. va presentar suspensió de pagaments que va correspondre al Jutjat de Primera Instància 24 de Barcelona. Es va arribar a un conveni, de 12 de maig de 1997, entre els creditors comuns i la suspensa (quitament del 50%; espera de 15 anys i carència de 2 anys). En cas d'incompliment, es preveia que la liquidació de M.I.T.A., S.A. la fes la Comissió de seguiment, convertida en Comissió liquidadora.

3. L'any 2000, la situació va esdevenir insostenible i es va començar una reestructuració per vies de fet. Es volia salvar el negoci de producció tèxtil trobant un comprador solvent, que tots els béns necessaris quedessin afectes a la continuïtat del negoci i els no necessaris, donats en pagament als creditors, exclosos els laborals. El 13 de novembre de 2000, M.I.T.A., S.A. va iniciar el traspàs de l'activitat de filatura convencional a S.J.T., S.L. (al Bergadà) i la filatura *open-end* a H.S., S.L. (a Alfarràs) i va deixar la part comercial a una tercera societat. M.I.T.A., S.A. era propietària, al cent per cent, de les societats esmentades. El trasllat va operar-se mitjançant una ampliació de capital per aportació de finques a les dues societats, d'una forma que va passar inadvertida, ja que el personal continuava essent de M.I.T.A., S.A..

4. Es va considerar necessària la declaració de fallida i, per eludir que hi conegués el mateix jutjat de la suspensió de pagaments, es va traslladar el domicili al Bergadà i es va presentar la fallida a Berga, on es va tramitar i tancar en un temps record, inclosa la peça de qualificació, en la qual la fallida va ser declarada fortuïta.

5. La fallida va ser instada sota la direcció de l'advocat Sr. David Clavero Manrique, que era assessor de l'ICF. Es va assolir un conveni de liquidació atípic, perquè tot s'havia pactat anticipadament: (i) Es donaven uns preus de referència del negoci i els immobles d'un total d'11 milions d'euros i els immobles on s'explotava l'activitat fabril d'H.S. i S.J.T. quedaven incorporats amb la resta d'actius necessaris per a l'explotació a les dites societats, que formaven una activitat indivisible a la qual hi havia de passar el personal. (ii) Els preus dels negocis i altres immobles es destinaven a pagar, fins on fos possible, els creditors comuns i amb dret d'abstenció que van votar el conveni. Però del conjunt d'immobles s'havia d'obtenir un mínim de 8 milions, a part dels 3 milions de les dues societats. El deute no cobert quedava condonat.

6. Per tant, tot estava dissenyat per tal que, acabada la fallida, no quedés vigent cap responsabilitat de M.I.T.A., S.A. ni dels propietaris. Les obligacions de M.I.T.A., S.A. com a deutora van acabar quan va posar els béns a disposició dels creditors, a través de la Comissió. Un cop ferm el conveni, la posada en marxa de les societats industrials, la venda dels béns i la distribució entre els creditors del líquid obtingut era una mera qüestió d'execució del conveni, competència de la Comissió.

6. Centrant-nos en la qüestió objecte d'aquest incident, la classificació del crèdit d'ICF en el concurs de M.I.T.A., S.A., la sol·licitud del creditor és que el crèdit de 14.734.731,73 euros -import no discutit- classificat com a ordinari, es consideri crèdit amb privilegi especial, per l'existència d'una garantia hipotecària. Quant al crèdit de 4.238.034,76 euros, import tampoc no qüestionat, es demana que es classifiqui com a ordinari, en lloc de subordinat.

L'article 90.1.1 LC estableix que són crèdits amb privilegi especial els crèdits garantits amb hipoteca voluntària o legal, immobiliària o mobiliària, sobre els béns hipotecats. Les parts no discuteixen que el crèdit de la demandant tenia garantia hipotecària sobre determinades finques de M.I.T.A., S.A..

7. L'objecció de l'AC a la classificació del crèdit rau, com s'ha dit, en la consideració que ICF, quan va votar el conveni de la fallida, va quedar afectat per l'article 900, paràgraf 2 del C.com. Aquest article, derogat per la LC, establia: "*Los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio; y absteniéndose, éste no les parará perjuicio en sus respectivos derechos*". El paràgraf segon afegia: "*Si, por el contrario, prefiriesen tener voz y voto en el convenio propuesto, serán comprendidos en las esperas o quitas que la Junta acuerde, sin perjuicio del lugar y grado que corresponda al título de su crédito*".

Si acudim al C.com., no podem obviar el contingut de l'article 906, també derogat per la LC: *"Si el deudor convenido faltare al cumplimiento de lo estipulado, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la rescisión del convenio y la continuación de la quiebra ante el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma."*

Ara bé, tal com va apreciar degudament el Sr. jutge de Berga quan va dictar la interlocutòria que va declarar el concurs, el 2 d'agost de 2005, per raons temporals no eren aplicables al cas les normes del C.com., sinó les de la LC.

La disposició transitòria primera de la LC deia que els procediments de concurs de creditors, fallida, quitament i espera i suspensió de pagaments que es trobessin en tramitació a l'entrada en vigor de la LC continuarien regint-se, fins a la conclusió, pel dret anterior, però establia unes excepcions, entre les quals, la de l'apartat 2, aplicable al nostre cas: *"la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal."*

8. El 22 d'abril de 2005, la Comissió de creditors de la fallida M.I.T.A., S.A., integrada per l'ICF, l'Agència Estatal de Administració Tributària i D., S.A., va demanar al jutjat que dictés una resolució per la qual es declarés l'incompliment del conveni de la fallida, aprovat per la interlocutòria de 5 de març de 2004, i la rescissió del conveni, i que s'acordés l'obertura d'ofici del concurs de M.I.T.A., S.A., als efectes d'obrir la fase de liquidació prevista en la LC.

Com a resposta, el Jutjat de Primera Instància 2 de Berga va dictar dues resolucions successives, a les quals hem fet referència en relacionar els fets rellevants. Ambdues es fonamentaven en l'aplicació de la disposició transitòria primera, apartat 2, LC:

(1) La interlocutòria de 15 de juliol de 2005 va declarar l'incompliment del conveni i va cessar en els càrrecs els membres de la Comissió de creditors (ff. 362 i 496 de les actuacions).

(2) La interlocutòria de 2 d'agost de 2005 va declarar el concurs de M.I.T.A., S.A. (aquest concurs 324/2005 del Jutjat 2 de Berga) amb els pronunciaments preceptius, de conformitat amb l'article 21 de la LC, entre els quals el nomenament de les tres persones que integren l'AC de M.I.T.A., S.A., que han dut a terme la classificació de crèdits impugnada. En la interlocutòria es raonava expressament que, si en el règim anterior a la LC, l'acció a exercitar davant l'incompliment del conveni era la prevista en l'article 906 del C.com., un cop derogat expressament aquest precepte per la disposició derogatòria única de la LC, s'havia d'acudir a la ja esmentada disposició transitòria primera, apartat 2 de la mateixa LC, amb l'efecte necessari de declarar el concurs.

També hem dit que el 15 de maig de 2006, el jutjat de Berga va declarar la nul·litat, en part, de la declaració de concurs de M.I.T.A., S.A.; que la decisió va ser impugnada per M.I.T.A., S.A. i que aquesta Secció 15a va estimar el recurs d'apel·lació. En la interlocutòria de 18 de desembre de 2007 vam deixar sense efecte la declaració de nul·litat, vam declarar la competència del Jutjat de Primera Instància número 2 de Berga per conèixer del concurs de M.I.T.A., S.A. preordenat a la liquidació, amb tots els efectes inherents a la declaració de concurs. Declaràvem aplicables les normes contingudes en els articles 49 i ss. de la LC i la resta procedents, d'acord amb l'article 147 LC. Calia determinar les masses activa i passiva, conforme a la regulació continguda en la LC.

9. L'article 140.4 LC estableix que la declaració d'incompliment del conveni suposarà la rescissió d'aquest i la desaparició dels efectes sobre els crèdits a què es refereix l'article 136. L'article 136 regula l'eficàcia novatòria del conveni: els crèdits dels creditors privilegiats que haguessin votat a favor del conveni, els dels creditors ordinaris i els dels subordinats quedaran extingits en la part a la qual abasti el quitament, ajornats en l'exigibilitat pel temps d'espera i, en general, afectats pel contingut del conveni.

El paral·lelisme amb els articles 906 i 900 del C.com. és palès.

Declarat pel jutjat l'incompliment del conveni de la fallida, per la interlocutòria de 15 de juliol de 2005, i declarat el concurs el 2 d'agost de 2005, ICF va deixar de quedar afectat pel conveni, tal com estableix l'article 140.4 LC. Cap de les dues resolucions van ser impugnades. Ambdues van esdevenir fermes. Precisament va ser la ferma de la resolució judicial declaratòria de l'incompliment del conveni (ferma i resolució posteriors a l'entrada en vigor de la LC) la que va

actuar com a pressupòsit de l'obertura d'ofici del concurs de M.I.T.A., S.A., en aplicació correcta pel Sr. jutge de Berga de la disposició transitòria primera, 2, de la LC.

No seria possible ni coherent acceptar la fermesa de la resolució que declara l'incompliment del conveni, als efectes d'obrir el concurs, nomenar administradors concursals i determinar de nou les masses activa i passiva conformement amb la LC –com vam dir en la interlocutòria de 18 de desembre de 2007- i negar en canvi l'incompliment del conveni quan es tracta d'aplicar l'article 140.4 LC.

Quant als fets que, segons l'exposició de l'AC, serien a l'origen del conveni, ja hem dit que, sens perjudici de les accions que puguin generar, no tenen incidència en la classificació de crèdits en examen.

Per les raons exposades, amb fonament en l'article 90.1.1 LC, s'ha de donar lloc a la sol·licitud de la demandant incidental i acordar la classificació del crèdit d'ICF per import de 14.734.731,73 euros, garantit amb hipoteca, com a crèdit amb privilegi especial sobre els béns hipotecats.

10. Pel que fa al crèdit de 4.238.034,76 euros, classificat com a subordinat per l'AC, ICF sol·licita que es consideri crèdit ordinari, perquè, malgrat estar també garantit amb hipoteca, les finques afectes han passat a ser de la titularitat d'altres empreses del grup (S.J.T., S.L. i H.S., S.L.). Invoca els articles 90.1.1 i 92.3r LC. L'AC no formula cap al·legació sobre el particular.

De les al·legacions de la part demandant i la invocació de l'article 92.3r LC, deduem que aquesta quantitat obeeix a interessos. **L'article 92.3r considera subordinats els crèdits per interessos de qualsevol classe, inclosos els moratoris, excepte els corresponents a crèdits amb garantia real fins on arribi la garantia respectiva. Reconegut per l'actora que s'ha perdut la garantia real, hem de concloure que aquest crèdit per interessos és un crèdit subordinat, en aplicació precisament de l'article 92.3r invocat.**

El recurs i la demanda s'han de desestimar, per tant, en aquest punt.

11. Estimats en part, la demanda i el recurs d'apel·lació, no és procedent imposar les costes de cap de les dues instàncies del judici (articles 196.2 LC, 394.2 i 398.2 de la Llei d'enjudiciament civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 244/2013, de 10 de Junio de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: No haber instado el sobreseimiento del procedimiento de aprobación judicial de la **propuesta anticipada de convenio** (105 LC) no opera como causa justa para **separar del cargo a los administradores concursales** (37.1 LC), cuando al conseguirse las mayorías necesarias, no se había incurrido aún en el incumplimiento de depositar las cuentas anuales en alguno de los últimos tres ejercicios (105.1.2 LC). Así, el momento límite temporal de responsabilidad del administrador concursal es la fecha de la votación favorable de la PAC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. AUD. SP., S.L, PRI., S.A. (PRI., S.A.) y DTS., S.A., formularon demanda incidental ante el juzgado que conoce del concurso de MED., S.L.U., en solicitud de separación de los miembros de la administración concursal (AC) de MED., S.L.U.

2. El artículo 37.1 de la Ley concursal (LC), invocado por las sociedades demandantes, establece que *cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales.*

Según AUD. SP., S.L., PRI., S.A. y DTS., S.A., la AC ha incumplido el artículo 35.1 de la LC, conforme al cual, *los administradores concursales desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*. La actuación ilegal de la AC consistiría, en síntesis, en no haber instado el sobreseimiento del procedimiento de aprobación judicial de la propuesta anticipada de convenio (en adelante, PAC) de MED., S.L.U., a que le obligaba el artículo 105 de la LC; en no haber dado explicación alguna de los motivos para que las cuentas anuales de 2010 de la concursada no hayan sido auditadas ni aprobadas por el socio único ni depositadas en el Registro Mercantil y en haber colaborado con la concursada en tal ilegalidad.

3. La sentencia del juzgado desestima la demanda. Expone que la cuestión relativa a la aplicación del artículo 105.2 de la LC fue resuelta por sentencia de 23 de diciembre de 2011, que puso fin a un incidente concursal (número 521/2011) de oposición a la aprobación del convenio. En la resolución impugnada se afirma que no es aplicable el artículo 105.2 por los argumentos contenidos en la sentencia citada, de 23 de diciembre de 2011, a los que remite. El juez añade que, de todas formas, atendidas las circunstancias de la PAC expuestas en la sentencia anterior, la aplicabilidad al caso de la prohibición del artículo 105.2 LC es una cuestión jurídica de apreciación y resolución difícil, lo que impide valorar como causa de separación cualquier opción o criterio de la AC al respecto.

4. El artículo 105 LC establece: *1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:*

[...] *2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.*

2. Si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobare que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas, el juez de oficio, a instancia de la administración concursal o de parte interesada y, en todo caso, oído el deudor, declarará sin efecto la propuesta y pondrá fin a su tramitación.

La sentencia del juzgado de 23 de diciembre de 2011, a la que remite la ahora impugnada, razonó que la prohibición prevista en el artículo 105.1.2º no puede ser interpretada extensivamente y tiene como razón de ser la sanción de los concursados incumplidores de las normas legales y la facilitación de información para que los acreedores puedan adoptar una decisión fundada sobre el convenio. Por ello, consideró que el incumplimiento de la obligación de depósito de cuentas producido después de haber alcanzado el convenio las mayorías legalmente exigibles y a falta de su aprobación, no puede determinar que se deje sin efecto el convenio, sin perjuicio de que conlleve consecuencias de otra índole.

5. No procede en este recurso examinar la adecuación a derecho de la decisión adoptada por el juez en el juicio incidental 521/2011, sobre oposición a la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, objeto de un recurso de apelación autónomo que no consta resuelto. Se trata aquí de examinar si se da la **causa justa para separar del cargo a los administradores concursales, con base en el artículo 37.1 LC**. En la medida que las actoras apelantes invocan como justa causa la infracción del deber del artículo 35.1 de la LC (de desempeño del cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal) y la concretan en el hecho de que la AC no instó el sobreseimiento del procedimiento de aprobación judicial de la PAC de MED., S.L.U., con base en el artículo 105.2 de la LC, examinaremos **si la actuación de la AC al respecto debe considerarse un incumplimiento de deberes determinante de la separación del cargo**.

6. Dejamos constancia de que los datos fácticos que aportan las actuaciones remitidas a este tribunal, en relación con los actos procesales que se invocan y con sus fechas, no son precisos. Pese a su extensión, ni la demanda incidental de AUD. SP., S.L., PRI., S.A. y DTS., S.A. ni su recurso de apelación contienen una relación de los hechos relevantes, ausente también en las sentencias de los dos incidentes, en los escritos de la AC y en los escasos documentos unidos al procedimiento. Solo el documento 2 del escrito de oposición al recurso de la AC, consistente en copia del escrito de oposición de MED., S.L.U. al recurso de apelación presentado en el incidente 521/2011, contiene una exposición más o menos completa de antecedentes relativos a la *presunta infracción del artículo 105 LC*, aunque no ha

podido ser contestada por las otras partes. Por tanto, hacemos nuestra valoración a partir del espiguelo de datos que consideramos aceptados abierta o tácitamente en unos y otros escritos.

7. No se discute que cuando MED., S.L.U. solicitó el concurso, el 16 de junio de 2010 (fecha indicada en el citado documento 2 de la AC), acompañó las cuentas anuales depositadas correspondientes a los ejercicios de 2006, 2007 y 2008 y las cuentas anuales del ejercicio 2009, formuladas pero sin aprobar. El 30 de julio de 2010, la concursada depositó ante el Registro Mercantil las cuentas anuales de 2009, entonces ya aprobadas, y, el 2 de agosto de 2010, antes de expirar el plazo de comunicación de créditos, presentó ante el juzgado la PAC. Mediante auto de 2 de septiembre de 2010, el juzgado admitió a trámite la PAC, haciendo constar expresamente que no concurría la prohibición del artículo 105 LC.

Tenemos por establecidos los hechos anteriores, expuestos por MED., S.L.U. en el documento 2 citado, ya que las demandantes no han alegado que, en el momento en que se presentó la PAC, la concursada se hallara afectada por la prohibición del artículo 105.1.2 LC (haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales). Han alegado el artículo 105.2 (*si admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el concursado incurriere en causa de prohibición o se comprobase que con anterioridad había incurrido en alguna de ellas*). De las dos eventualidades previstas en el artículo 105.2, invocan la primera: **haber incurrido en causa de prohibición tras la admisión a trámite de la PAC.**

8. Según el escrito de MED., S.L.U., después de los trámites preceptivos y de la evaluación de la AC, los acreedores manifestaron sus adhesiones dentro del plazo del artículo 108 LC (hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores), que habría finalizado a mediados de diciembre de 2010. AUD. SP., S.L. habría formulado varias impugnaciones del inventario y la lista de acreedores que fueron desestimadas por el juzgado mercantil, la última de ellas por sentencia de 28 de junio de 2011.

MED., S.L.U. alega que su órgano de administración había formulado las cuentas anuales de 2010 en marzo de 2011, bajo la supervisión de la AC, conforme a lo que disponía la redacción entonces vigente del artículo 46 LC, que eximía a la concursada de auditar tales cuentas. El socio único no aprobó las cuentas de 2010. Según MED., S.L.U., en espera de la inminente aprobación del convenio.

Lo cierto es que el convenio se aprobó el 23 de diciembre de 2011. Antes, mediante providencia y decreto de 14 y 15 de julio de 2011, el juzgado había proclamado los votos a favor y en contra de la PAC y el resultado favorable a su aprobación. La concursada atribuye a AUD. SP., S.L. la causación de la demora en la aprobación del convenio mediante una pluralidad de peticiones, que tacha de infundadas, dirigidas al juzgado (solicitud de aclaración de resoluciones, recursos y demandas incidentales).

9. Como el Sr. magistrado, consideramos que **no puede apreciarse en la actuación de la AC denunciada por las demandantes una falta de diligencia, por incumplimiento del artículo 105.2 LC, determinante de justa causa de separación.** El precepto ofrece dudas interpretativas suficientes para impedirlo. La prohibición en examen es la relativa a **“haber incumplido en alguno de los últimos tres ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales”**. En la aplicación del artículo 105.1.2, la delimitación temporal no parece compleja. Reformulando la prohibición como obligación positiva, el deudor ha tenido que depositar las cuentas de los tres ejercicios últimos respecto de la fecha de presentación de la PAC. En el caso, cuando se presentó la PAC el 2 de agosto de 2010, se **habían depositado las cuentas de los ejercicios de 2009, 2008 y 2007.**

En cambio, cuando se trata de aplicar el artículo 105.2 LC a la causa concreta del depósito de cuentas de los tres últimos ejercicios, la cuestión se complica, porque el precepto –que engloba bajo un aparente régimen único la pluralidad de causas heterogéneas de los números 1 y 2 del artículo 105.1 LC-, no establece los límites temporales con la claridad debida –a nuestro juicio-.

Una interpretación posible, defendida en el escrito de la concursada aportado como documento 2 por la AC, es que el deber de cumplimiento del depósito de cuentas, por su naturaleza, solamente sea exigible respecto de los tres últimos ejercicios anteriores a la presentación de la PAC. Es decir, que, cuando se trata del depósito de cuentas, el artículo 105.2 LC solo es aplicable en el segundo de sus términos –cuando, admitida ya a trámite la PAC, se compruebe que al presentarla no se habían depositado las

cuentas de los tres últimos ejercicios-. No excluimos la bondad de tal interpretación, pero entendemos que no hay base suficiente para circunscribir el texto legal a ese supuesto.

10. Surge entonces la siguiente cuestión que, asimismo, plantea el escrito de la concursada: cuál sea el **momento límite en que puede apreciarse la incursión sobrevenida en la prohibición**. En este punto, a los efectos de valorar si existe justa causa de separación de la AC, estimamos atendible la tesis de la concursada, sustentada en una **interpretación sistemática de la LC**.

El artículo 109.2 LC, dentro de la misma Sección III, dedicada a la PAC, establece que, *"si la mayoría [en cuanto a las adhesiones presentadas] resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136."*

La LC remite, por tanto, para casos como el de autos, a los artículos 128 a 131 LC. Ya no se aplican las normas específicas de la PAC (artículos 104 a 110 LC), sino las de la aprobación del convenio (artículos 128 a 131 LC). No estamos ya en la tramitación de la propuesta y, por tanto, no cabe aplicar el artículo 105.2.

En el caso, la proclamación de los votos a favor y en contra de la PAC y el resultado favorable a su aprobación se hizo mediante providencia y decreto de 14 y 15 de julio de 2011. En ese momento, la concursada no había incumplido la obligación de depósito de cuentas de los tres últimos ejercicios.

Por otra parte, como señala la concursada, la tesis contraria permitiría al deudor dejar sin efecto la PAC aceptada por los acreedores, una vez proclamado el resultado favorable de la votación, mediante el simple recurso de no depositar las cuentas anuales, acto dependiente solo de su voluntad.

11. La interpretación del artículo 105.2 LC en la forma expuesta, es decir, en el sentido de que la prohibición –que, como tal, no puede leerse extensivamente- no era aplicable una vez alcanzadas y proclamadas las mayorías legalmente exigibles, la consideramos, cuando menos, razonable. En consecuencia, no podemos valorar esa actuación como una infracción de los deberes de diligencia y lealtad de la AC desencadenante de la separación de los administradores concursales pedida por las demandantes apelantes. Por ello, desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia del juzgado mercantil.

12. Desestimado el recurso de apelación, procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

Capítulo 8.- Liquidación.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 131 / 2013, de 30 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: La **sucesión de empresa**, en caso de **venta de unidad productiva**, sólo se produce a efectos de créditos laborales (con sus matices, ya que el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso), no respecto a otro tipo de deudas, como puede ser el crédito público de la Seguridad Social.

En las ofertas que se presenten para la **venta de unidad productiva**, pueden contenerse **gratificaciones** extraconcursoales a título de liberalidad o de pactos vinculantes, a los trabajadores que han contribuido al mantenimiento de la unidad productiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El auto apelado confirmó el anterior de fecha 25 de mayo de 2012 por el que, en fase de liquidación, se adjudicaba a la ofertante MAN. DEN., S.L. la unidad productiva (conformada por los elementos y derechos reseñados en la oferta de compra presentada) del grupo societario HORM., integrado por más de una decena de sociedades cuyo concurso se tramita de forma acumulada.

En la oferta se ofrecía la suma de 1.800.000 euros por la unidad productiva, si bien la ofertante sugería que, de esa cantidad, un millón de euros *“debe destinarse como una compensación a los trabajadores del grupo HORM., en atención al cuidado de los activos incluidos en esta oferta durante los últimos meses”*.

Especificaba así mismo que la adquirente debía quedar exenta de cualquier responsabilidad frente a terceros que corresponda al grupo HORM., de naturaleza civil, mercantil, fiscal, laboral, penal, medioambiental, Seguridad Social y FOGASA; y que la adquisición no configuraba una sucesión de empresa o, en su caso, que la adquirente no queda subrogada en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación ni en la que sea asumida por el FOGASA.

El juzgado mercantil, como ha quedado expuesto en los antecedentes, adjudicó la unidad empresarial por dicha cantidad (1.800.000 €), si bien acordaba que un millón de euros no ingresaría en la masa activa, sino que sería distribuido entre los trabajadores en concepto de gratificación por la contribución realizada al mantenimiento de la actividad y la preservación de los medios de producción, que ha permitido la venta de la unidad en funcionamiento.

Acordaba además que la adjudicataria no quedaba subrogada en deudas pendientes de cualquier clase y que los bienes y derechos se transmitían libres de cargas anteriores al concurso, cuya cancelación ordenaba, excepto las constituidas a favor de créditos que gozaran de privilegio especial.

2. La TGSS recurrió en reposición el auto de adjudicación y recurre en apelación el auto posterior que confirmó aquél, desarrollando dos motivos:

1º) La totalidad del precio global de la adjudicación de la unidad productiva, es decir, 1.800.000 €, debe quedar ingresada en la masa activa, para con ella proceder al pago a los acreedores de acuerdo con las reglas concursales, siendo improcedente el desvío de un millón de euros con destino a compensar a los trabajadores por el esfuerzo realizado en el mantenimiento de la unidad productiva, conducta que constituye una obligación natural inherente a la relación laboral.

2º) El juez del concurso carece de competencia para acordar que el adquirente de la unidad productiva quede exonerado de las deudas pendientes frente a la Seguridad Social, y en todo caso opera una sucesión de empresa con subrogación en las deudas laborales y frente a la TGSS (con el desarrollo argumental que expondremos seguidamente).

Nos parece adecuado comenzar nuestro enjuiciamiento abordando este segundo motivo.

SEGUNDO. 3. Alega la TGSS que el auto infringe los arts. 12.1 y 2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004, de 11 de junio) y arts. 15.3, 104.1 y 127.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/1994, de 20 de junio), ya que, conforme al art. 149.2 LC, el juez del concurso únicamente puede acordar la no subrogación del adquirente en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que haya asumido el FOGASA, pero carece de competencia para fijar los efectos de la venta en lo que respecta a las deudas pendientes frente a la TGSS, que corresponde únicamente a la propia TGSS, y que podrá hacer efectiva cuando se dirija contra el adquirente, sin perjuicio de la impugnación ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

Infringe además el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) ya que, conforme al art. 149.2 LC, la venta de la unidad productiva implica una sucesión de empresa a los efectos laborales, y de acuerdo con el art. 44.1 ET, en caso de sucesión de empresa el nuevo empresario quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social.

Por todo ello, concluye, debiera excluirse del auto de adjudicación el acuerdo de que no se transmiten deudas pendientes frente a la Seguridad Social, indicando que en este punto debe regir lo dispuesto en el art. 44 ET.

4. A estos mismos argumentos dimos respuesta en nuestro auto de 29 de noviembre de 2007, en el que adoptamos un criterio que con posterioridad hemos ratificado en otras resoluciones, como en los autos de 16 de diciembre de 2009 y 26 de junio de 2013.

En aquella primera resolución iniciamos la fundamentación delimitando la controversia: *“lo que la TGSS impugna al recurrir el auto que aprobó el plan de liquidación y el posterior de adjudicación de una unidad productiva, es la decisión de excluir los efectos de la sucesión empresarial y, en consecuencia, que el adquirente no se subroga no sólo en los créditos salariales pendientes de pago a los trabajadores y en las indemnizaciones por extinción acordadas en cualquiera de los*

expedientes de regulación de empleo, sino también en las deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social”, y exponíamos los argumentos esgrimidos de la TGSS (se apreciará la identidad con los que ahora debemos resolver):

1º) Según la normativa sobre Seguridad Social, en concreto los arts. 104 y 127.2 TRLGSS (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio), el adquirente de una industria, unidad productiva o negocio es responsable solidario respecto del pago de las deudas pendientes con la TGSS.

2º) No existe ninguna norma que permita excluir la responsabilidad solidaria del adquirente de una explotación, industria o negocio respecto de las deudas de Seguridad Social, ni siquiera cuando la adquisición se verifica en un procedimiento concursal, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de deudas (salarios e indemnizaciones laborales).

3º) El juez mercantil carece de competencia para declarar si en un supuesto de adquisición de industria, unidad productiva o negocio procede o no la responsabilidad del adquirente por las deudas de la Seguridad Social.

Seguimos la argumentación que ofrecimos entonces, que resulta ratificada por el apartado 3 del art. 149 LC introducido por la Ley de reforma 38/2011 (aplicable al caso de conformidad con la disposición transitoria sexta de dicha Ley) que dispone que *“el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90”*.

5. La citada resolución reconocía que fuera del ámbito concursal, los arts. 104 y 127.2 TRLGSS prevén que, respecto de los créditos que la TGSS tuviera por cotizaciones, cuando se produzca una transmisión de la empresa o de una unidad productiva, existirá sucesión de empresa y consiguientemente el adquirente es responsable solidario del pago de las deudas con la Seguridad Social generadas por la empresa o la unidad productiva que adquiere, y una previsión paralela se encuentra en el actual art. 42 LGT, respecto de los créditos tributarios, y en el art. 44 ET respecto de los créditos laborales.

Pero precisaba que este régimen general que se regula por la normativa sectorial *“queda afectado o alterado en caso de concurso de acreedores, en la medida que en ese caso la norma especial es la concursal, que regula y condiciona la sucesión de empresa en el caso de que la liquidación, realizada dentro de un plan de liquidación (art. 148 LC) o por aplicación de las reglas supletorias del art. 149 LC, se lleve a cabo mediante la enajenación del conjunto de la empresa o de una unidad productiva”*.

La venta de empresa o de una unidad productiva es un medio de realización, dentro de la liquidación concursal, de los bienes y derechos de contenido patrimonial del deudor concursado, alternativo a la enajenación individualizada o por lotes de los distintos elementos de la masa activa, y es la solución preferida del legislador, como expresa la Exposición de Motivos de la LC (ap. VII) y resulta del art. 149.1.1º LC. *“Es precisamente –decíamos– el beneficio generalizado que produce la continuidad de la empresa, en la medida en que contribuye a conservar total o parcialmente los puestos de trabajo, lo que consiguientemente evita mayores gastos para la masa derivados de la extinción de los contratos de trabajo y genera riqueza al seguir operando empresarialmente en el mercado, el que lleva al legislador a favorecer esta forma de realización”*.

En este contexto, el art. 149.2 LC regula los efectos de tales ventas de empresa o de unidades de producción disponiendo que *“se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa”*, sin perjuicio de reconocer al Juez del concurso la facultad de *“acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la*

enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatutos de los Trabajadores".

Con ello, claramente, la Ley concursal parte de la premisa de que la enajenación de la empresa o de la unidad productiva dentro de la liquidación se hace libre de deudas, esto es, el adquirente no se subroga en las deudas del concursado, sin perjuicio de las garantías reales que puedan gravar alguno de los bienes muebles o inmuebles incorporados a la empresa o unidad productiva. A estos efectos, la venta de la empresa o de una unidad productiva tiene el mismo régimen que la realización individualizada o en lotes de los elementos que componen el activo, pues el adquirente los recibe libre de cargas, salvo las reales que graven alguno de los bienes adquiridos.

Se entiende así que, bajo esta lógica del concurso, el art. 149.2 LC regule la única excepción a este principio general de que la transmisión de la empresa o de una unidad productiva no constituye propiamente una sucesión de empresa. Según este precepto tan sólo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa, y por ello el adquirente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la adquisición que no hubieren sido satisfechas (art. 44.3 ET), en este caso con la liquidación concursal.

No obstante [es decir, no obstante que *a efectos laborales* la transmisión puede constituir una sucesión de empresa], el art. 149.2 LC permite que el juez en el auto de adjudicación acuerde que el adquirente no se subroga en la parte de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Esto es, el importe de los salarios e indemnizaciones que conforme al art. 33 ET pagó el FOGASA, como consecuencia del concurso del empresario empleador, y que tendría derecho a subrogarse para repetir contra el deudor concursado, no será reclamable del adquirente de la empresa o unidad productiva si ha sido liberado de esta obligación por el Juez del concurso.

Tras aludir a la normativa comunitaria sobre la materia (Directiva 77/187, de 14 de febrero, reformada por la Directiva 98/50 de 29 de junio, que contempla las transmisiones de empresa en concurso, y la refundición en el texto consolidado aprobado por la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, DOCE de 22 de marzo de 2001), concluíamos que "en este contexto, el crédito de la Seguridad Social, como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva, y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa sobre Seguridad Social". Podría haberlo hecho –añadíamos–, como la Ley General Tributaria, que expresamente lo prevé en el último párrafo de su art. 42.1, pero ello no es necesario pues, como ya hemos apuntado, en caso de concurso la norma especial, que regula no sólo el procedimiento concursal sino también sus efectos, es la Ley Concursal, que expresamente ha sido promulgada bajo el principio de unidad legal, de que sea esta Ley la única que regule el concurso de acreedores y sus efectos.

6. En todo caso, la sucesión de empresa en los términos que prevé el art. 149.2 LC, norma especial, es sólo *a efectos laborales*, no respecto a otro tipo de deudas, como puede ser el crédito público de la Seguridad Social.

Decíamos también en aquella resolución que al juez del concurso le corresponde aprobar el plan de liquidación y dictar los autos de adjudicación correspondientes al activo realizado en la liquidación, y tanto en uno como en otro caso puede pronunciarse sobre los efectos o las condiciones en que se enajena una unidad productiva, en aplicación de la normativa concursal (art. 149.2 LC). Fuera del concurso, el juez mercantil carece de competencia para decidir sobre la procedencia de la consideración de sucesión de empresa en caso de transmisión de una unidad productiva, a los efectos de que el adquirente se subroga en las deudas de la Seguridad Social preexistentes, pero si la enajenación se realiza en la fase de liquidación de un concurso, es lógico que sea el juez del concurso quien, aplicando la normativa concursal, se pronuncie sobre el alcance de la sucesión de empresa. En el ejercicio de esta competencia se pronunciará sobre

alguna cuestión de naturaleza administrativa o social pues, en la medida en que están directamente relacionadas con el concurso o son necesarias para el buen fin del procedimiento concursal, son cuestiones prejudiciales respecto de las que tiene extendida su competencia conforme al art. 9 LC.

Por todo ello debe desestimarse este motivo de apelación.

TERCERO. *Sobre el destino del precio de la adjudicación*

7. De eso trata el pronunciamiento impugnado, según ha quedado expuesto en el anterior fundamento primero, que es combatido por la TGSS por entender que infringe el art. 148 LC en relación con el art. 49 y el Capítulo II del Título III y arts. 154 y siguientes de la LC. La totalidad del precio ofertado (1.800.000 €), alega la TGSS, debe quedar ingresada en la masa activa, sin detraer de ella el millón de euros que se destina a una "gratificación" a los trabajadores por un supuesto esfuerzo realizado en orden al mantenimiento de la unidad productiva.

Siguiendo otra orientación, como hemos relatado, el juzgado acordó en el auto de adjudicación que, del precio total de la adjudicación, un millón de euros no ingresará en la masa activa, sino que se destinará a gratificar a los trabajadores que han contribuido a mantener en funcionamiento la empresa hasta la enajenación y a preservar la unidad productiva.

8. El juez ha considerado, para acceder a la petición del ofertante (consensuada con los trabajadores, según afirma el escrito de oposición al recurso del comité de empresa) que, simultáneamente a la apertura de un plazo para recibir ofertas, en fase de liquidación, para la adquisición de la unidad productiva del grupo o de ramas de actividad, se tramitaba el incidente que prevé el art. 64 LC para extinguir la totalidad de los contratos laborales (más de 200 trabajadores, en varios centros de trabajo del grupo), y en esta situación de incertidumbre los trabajadores continuaron operando para terminar los encargos pendientes; se alcanzó el acuerdo de extinción de los contratos laborales por el mínimo legal y, pese a ello, los trabajadores realizaron un esfuerzo por finalizar los trabajos pendientes y para la conservación de los medios de producción, evitando así su deterioro y la falta de estímulo del posible adquirente ante una unidad productiva que ya no estaría en funcionamiento.

El comité de empresa confirma que, en la situación creada por el concurso de las empresas del grupo y el subsiguiente expediente de regulación de empleo, se alcanzó un acuerdo con la AC para mantener la unidad productiva en funcionamiento y la buena imagen de la empresa, y así poder obtener un mayor rendimiento económico en la liquidación, procurando la rapidez del proceso; por virtud de este acuerdo, los trabajadores continuaban con la actividad y se abstenían de crear conflictividad a cambio de una gratificación "*por el compromiso personal de los trabajadores con la empresa*", que se cifró como mínimo en un millón de euros. La AC no ha desmentido esta versión.

CUARTO. 9. Podemos entender el criterio del auto apelado, no sólo en el sentido de su clara inteligibilidad, e incluso podemos compartir con empatía que **los trabajadores que en plena tramitación del ERE se han esforzado por mantener la empresa global y sus unidades productivas individuales en funcionamiento, preservando los medios de producción y continuando su actividad laboral con lealtad a la empresa, puedan ser merecedores de una gratificación que quiera conceder el tercero adquirente. Pero no a costa de la merma de los derechos de los acreedores que integran la masa pasiva en los respectivos concursos de las sociedades del grupo y de los acreedores contra la masa.**

Aquellas consideraciones no pueden sobrevalorarse hasta el extremo de desbordar, para ignorarlo, el marco legal aplicable, que es el que establece la Ley Concursal en atención a los fines del concurso, que se rige por el principio de la igualdad de trato de los acreedores dentro de los rangos determinados por los privilegios y preferencias, y la consiguiente comunidad de pérdidas. De otro lado, la situación planteada podría malinterpretarse y entenderse como una coacción

frente a titulares de derechos legítimos por parte de un colectivo que intenta obtener, en la situación concursal, más de lo que en Derecho le corresponde.

Es loable, desde luego, la conciencia individual y la colectiva de abstenerse de crear conflictividad, más o menos violenta, y de entorpecer el proceso de venta de la unidad productiva empresarial, manteniendo en funcionamiento la empresa y preservando los medios de producción de cara al buen fin de la enajenación global, aunque quizá el nivel positivo de esa alabanza disminuya si ha mediado la promesa de una *gratificación sin respaldo legal*, forzada ante la amenaza, o bien el augurio, de la frustración de la venta de la unidad productiva por la voluntaria creación de conflictividad laboral y la alteración de la paz social, en persecución de derechos al margen de la ley.

10. Como señalamos en nuestro auto ya aludido de 29 de noviembre de 2007, la liquidación concursal va encaminada a la realización de la masa activa para con lo obtenido pagar a los acreedores, afectados por el principio de *par condicio creditorum*, según las reglas de pago impuestas por la clasificación de créditos y por la existencia de créditos contra la masa. En esta lógica, los acreedores contra la masa y los concursales cobran dentro del concurso y con lo obtenido de la realización de la masa activa, por el orden derivado de la clasificación de sus créditos, sin que, salvo en el caso de quienes tengan garantizado el crédito con una garantía real, tengan derecho a hacerlo de los terceros que adquieran los bienes realizados o la empresa o unidad productiva, caso de optarse por tal forma de realización, pues, de otro modo, se alteraría dicho principio de trato paritario.

En definitiva, es indiscutible en el ámbito concursal, a la vista de los arts. 49, 76, 148, 149 y 154 y siguientes, que el producto líquido obtenido de la liquidación de la masa activa ingresa en la propia masa activa, a modo de sustitución de los bienes y derechos que la conforman por el valor líquido que se obtenga de su realización en cualesquiera modalidades admitidas por la LC, y ese valor ha de destinarse, sin desvíos o desplazamientos no autorizados por la LC, a la satisfacción, primero, de los gastos del concurso y de los acreedores contra la masa, salvaguardando los derechos de los acreedores concursales privilegiados, y a los acreedores concursales después, incluidos los subordinados.

Por ello, si el precio de adjudicación es de 1.800.000 €, esa cantidad debe ingresar en la masa activa, con el destino indicado.

11. Ahora bien; el auto apelado ofrece otro enfoque de los términos de la oferta y de la adjudicación judicial, y puede ser admisible: la mejor oferta por la unidad productiva es la de MAN. DEN., S.L., por 800.000 € (ochocientos mil euros), con abstracción del millón restante, que no formaría parte del precio de la adjudicación (se destinaría a la gratificación laboral aludida); y la segunda mejor oferta recibida es por 300.000 €.

Con la oferta de 800.000 €, afirma el comité de empresa, podrían pagarse los créditos contra la masa y los créditos concursales, ya que la masa activa supera a la pasiva en la cantidad de 5.929.506 € (aunque la AC no ha confirmado este extremo).

12. Podría estimarse, compartiendo la tesis del auto apelado, que la oferta de MAN. DEN., S.L. asciende a 800.000 €, y el resto, un millón de euros, es una gratificación extraconcursal a título de liberalidad o debida en virtud de pactos vinculantes (que no nos constan) a los trabajadores que han contribuido al mantenimiento de la unidad productiva. Pero en tal caso, si es así, antes de dictarse el auto de adjudicación por 800.000 €, de la unidad productiva delimitada por los elementos materiales e inmateriales que reseña la oferta, debió publicitarse esta oferta en tales términos objetivos y económicos, y conceder un plazo a los posibles interesados para que pudieran mejorarla; sólo después, salvadas las prevenciones legales para procurar transparencia, debe dictarse el correspondiente auto de adjudicación por 800.000 €.

En estos términos procuraremos redactar el fallo de esta resolución, que implica la estimación parcial del recurso (a efectos de costas nos remitimos al art. 398.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 137/2012, de 21 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación con el **plan de liquidación**, si las **alteraciones** al plan tienen por causa ajustar sus previsiones a la Ley, eliminando reglas que las infrinjan, la modificación estará justificada. Por el contrario, otro tipo de modificaciones ajenas al plan o a observaciones de los acreedores, contrarían el artículo 148 LC.

El juez está **vinculado** por las previsiones del plan de liquidación y por las observaciones de los acreedores. No puede introducir modificaciones de oficio, sino sólo en función de las propuestas formuladas por los acreedores. Ello no obstante, la intervención judicial aprobando el plan de liquidación, háyanse o no formulado observaciones, debe implicar también un **control de legalidad**.

Tampoco lo es la eliminación del precio mínimo para la venta directa, puesto que esta exigencia constituye un lícito modo alternativo de realización de los bienes afectos a un privilegio especial.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida aprueba el plan de liquidación presentado por la administración concursal con las modificaciones contenidas en el fundamento jurídico segundo. En dicha resolución, a partir de las observaciones efectuadas por BANKIA, se excluyó de la liquidación una finca hipotecada que estaba siendo objeto de ejecución en pieza separada. Por otro lado el auto contempla una serie de "consideraciones y modificaciones" al plan de liquidación. A los efectos de este recurso, debe destacarse la ampliación a nueve meses de la primera fase de venta directa, la eliminación del precio mínimo para la venta de los bienes hipotecados y la exclusión de los privilegios que la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla para el acreedor hipotecante en la segunda fase de la liquidación.

BANKIA que, como hemos expuesto, formuló observaciones al plan, recurre en apelación el auto por entender que el juzgado se excedió en sus atribuciones, introduciendo modificaciones que no habían sido propuestas por los acreedores. Por otro lado y de forma subsidiaria, considera que las modificaciones lo son "en perjuicio del interés del concurso" (alegación segunda).

SEGUNDO.- Como afirma la recurrente, abierta la liquidación por auto de 14 de septiembre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal, debe aplicarse al presente caso el **artículo 148** de la citada Ley en su redacción anterior a la Reforma. A diferencia del **texto vigente, que amplía las facultades del juez del concurso, permitiéndole introducir en el plan de liquidación las modificaciones que estime oportunas**, en su redacción inicial el artículo 148 disponía que, formuladas observaciones por los acreedores, el juez, "*según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones en función de aquellas o acordar la liquidación conforme a las reglas supletorias*". Esto es, el juez, de acuerdo con las normas que resultan de aplicación, está **vinculado por las previsiones del plan y por las observaciones de los acreedores. No puede, en principio, introducir modificaciones de oficio, sino sólo en función de las propuestas formuladas por los acreedores.**

Ello no obstante, la intervención judicial aprobando el plan de liquidación, háyanse o no formulado observaciones, debe implicar también un control de legalidad. Esto es, el juez del concurso en ningún caso viene obligado a homologar previsiones del plan o modificaciones propuestas por los acreedores y aceptadas por la administración concursal, que puedan infringir las disposiciones de la Ley Concursal. En definitiva, si las alteraciones al plan tienen por causa ajustar sus previsiones a los preceptos de la Ley, eliminando reglas que las infrinjan, la modificación estará justificada. Por el contrario, otro tipo de modificaciones ajenas al plan o a observaciones de los acreedores que tengan cabida en la Ley Concursal habrá que entender que contrarían el artículo 148.

TERCERO.- Aplicado cuanto antecede al presente caso, en relación con la primera fase de venta directa de bienes, la recurrente censura que la *juez a quo* haya ampliado a nueve meses el plazo de presentación de ofertas y que se haya eliminado el precio mínimo fijado para la venta de los bienes hipotecados, establecido en el valor de la carga. Dichas previsiones no infringen las disposiciones de la Ley Concursal, obedecen a razones de conveniencia u oportunidad y, en consecuencia, no pueden modificarse por el juez de oficio. La duración del plazo de una primera fase en la realización de bienes puede ser fijado libremente por la administración concursal y los acreedores, salvo, claro está, que superara el plazo de un año contemplado en términos generales en el artículo 153 de la Ley Concursal. Tampoco resulta anómalo ni ilegal exigir un precio mínimo para la venta directa como un modo alternativo de realización de los bienes afectos a un privilegio especial. Por todo ello, deben acogerse las alegaciones de la recurrente en este punto concreto.

CUARTO.- Transcurrido el plazo para la venta directa, el plan de liquidación contempla que se procederá a la “venta en pública subasta y por lotes separados, constituyendo cada lote una de las fincas indicadas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la particularidad de que no se aceptarán posturas sin sujeción a tipo, siempre y cuando el postor se subrogue en la carga hipotecaria que grava cada una de las fincas”.

BANKIA no formuló reparos a dicho sistema de realización. El auto impugnado, a partir de las indicaciones del plan de liquidación, señala que “la segunda fase será la venta en pública subasta de conformidad con lo establecido en la LEC, para el caso de que hubieran transcurrido los doce meses sin obtener ofertas, en cuyo caso el acreedor hipotecante no podrá hacer uso de los privilegios que la LEC (arts. 670 y 671) otorga al ejecutante, ya que no nos encontramos en una ejecución individual, donde el acreedor es el ejecutante, sino que estamos ante una ejecución colectiva donde el ejecutante es el administrador concursal”.

La apelante impugna la ampliación del plazo a doce meses, impugnación que debe ser acogida por los argumentos esgrimidos en el fundamento anterior. En segundo lugar, se opone a la exclusión de lo que la resolución recurrida denomina “privilegios” de los artículos 670 y 671 de la LEC, esto es, de la facultad que se atribuye al ejecutante de adjudicarse los bienes en determinadas condiciones. Pues bien, el juzgado, en el uso de sus facultades de control de legalidad, adapta las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, propias de una ejecución singular, a las particularidades del concurso, que es un proceso universal. Al margen de no existir ejecutante propiamente dicho, dado que los bienes objeto de liquidación están hipotecados, debe tenerse presente que el artículo 57 de la Ley Concursal, por cuya aplicación debe velar el juzgado, contempla la pérdida del derecho de ejecución separada, una vez abierta la liquidación, de aquellos acreedores que no hubieran ejercitado la acción antes de la declaración de concurso. El acreedor hipotecario, en definitiva, conserva su derecho de atender su crédito con los bienes afectos, pero pierde el derecho de hacerlo de forma separada. El plan de liquidación, por tanto, no puede preservar a favor del acreedor hipotecario los derechos y las facultades propias de la ejecución singular. En este caso el auto recurrido no modifica el plan, que se limita a remitirse a la LEC, sino que lo aclara pertinentemente.

BANKIA, por último, alega que el adquirente deberá subrogarse en la carga hipotecaria, extremo sobre el que no se pronuncia el auto recurrido. No sería lógico, a su entender, ni redundaría en interés del concurso, que el “inmueble pudiera adjudicarse por un euro”. Si lo que pretende la recurrente es que en todo caso el precio cubra el valor del gravamen y, en caso contrario, que el adquirente se subrogue en la hipoteca, la alegación carece de todo fundamento. La propia Ley Concursal, en su artículo 157, contempla la posibilidad de

que los créditos con privilegio especial no se satisfagan íntegramente con cargo a los bienes y derechos afectos. Si la hipoteca se realiza en el concurso, bien sea en pieza separada bien durante la fase de liquidación, la adjudicación al mejor postor lo será previa cancelación de la carga hipotecaria. Por todo ello el recurso debe estimarse sólo parcialmente.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente hacer pronunciamiento alguno.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 154/2012, de 12 de Diciembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El Juez de concurso carece de **competencia objetiva** para conocer de las demandas de ejecución de garantías reales sobre **bienes no afectos** a la actividad empresarial de la concursada.

Esas demandas no se suspenden por la declaración del concurso -salvo la paralización momentánea hasta que el Juez se pronuncie sobre la afección-, ni tampoco el acreedor hipotecario pierde el derecho a la ejecución separada, por la **apertura de la liquidación**.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida aprueba el plan de liquidación presentado por la administración concursal, rechazando la observación formulada por CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA, hoy apelante, en el sentido de excluir del plan de liquidación dos bienes hipotecados objeto de un proceso de ejecución separada ante el Juzgado de Primera Instancia 8 de Mataró. Para la adecuada resolución del recurso es preciso reseñar los siguientes antecedentes:

- 1) Por auto de 15 de octubre de 2010 del Juzgado de lo Mercantil 1 de esta ciudad se declara el concurso voluntario de la entidad CONCISA SCCL.
- 2) Declarado el concurso, CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA presenta escrito interesando la declaración de bienes no afectos de las fincas registrales 17209 del Registro de la Propiedad 1 de Mataró y 6109 del Registro de la Propiedad 3 de Mataró. El Juzgado, tras dar el preceptivo traslado a la administración concursal, acuerda por auto de 4 de enero de 2011 declarar dichas fincas como "bienes no afectos" (folio 57).
- 3) El 14 de febrero de 2011 CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA presenta demanda de ejecución hipotecaria de las referidas fincas registrales ante el mismo Juzgado de lo Mercantil que tramita el concurso (folio 58). Por providencia de 18 de febrero el Juzgado acuerda dar traslado a las partes para que se pronuncien sobre la competencia objetiva (folio 59). Y, por auto de 17 de marzo de 2011, el Juzgado declara la falta de competencia objetiva e indica que la demanda debe interponerse ante los Juzgados de Primera Instancia de Mataró (folio 60).
- 4) CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA solicita el desglose de documentos a fin de interponer la acción hipotecaria ante aquellos Juzgados, lo que finalmente hace mediante demanda presentada el 14 de abril de 2011 (folio 61), cuyo conocimiento se atribuye al Juzgado de Mataró núm. 8 (autos 698/2011).
- 5) Por auto de 28 de marzo de 2011 se acuerda dar por finalizada la fase común y abrir la fase de liquidación (folio 103).
- 6) El día 8 de abril de 2011 la administración concursal presenta el plan de liquidación (folio 6). CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA formuló observaciones, interesando, en definitiva, se excluyera de la liquidación los bienes que ya estaban siendo objeto de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia 8 de Mataró. El Juzgado, por auto de 27 de octubre de 2011 -resolución recurrida-, rechaza tal pretensión, toda vez que la demanda se presentó abierta la liquidación y, en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3º de la Ley Concursal, había precluido la posibilidad de promover la ejecución separada.

SEGUNDO.- CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA recurre en apelación dicha resolución. Afirma que la demanda de ejecución se presentó, antes de la apertura de la liquidación, ante el Juzgado de lo Mercantil y que sólo la demora en la declaración de los bienes como no afectos y los traslados previos a la declaración por el Juzgado de la falta de competencia objetiva, impidió presentar antes la demanda ante el Juzgado competente. Afirma, asimismo, que no es pacífica la cuestión relativa a la competencia para conocer de las ejecuciones hipotecarias en concurso y que su voluntad inequívoca fue la de hacer uso de su derecho, como acreedor hipotecario, a la ejecución separada.

De forma subsidiaria alega que, tratándose de bienes no afectos, no deben aplicarse las limitaciones contempladas en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal.

Tanto la administración concursal como la concursada se oponen al recurso, pues entienden que la demanda de ejecución se presentó extemporáneamente y que la limitación del artículo 57.3º alcanza a todo tipo de bienes.

TERCERO.- Las partes han centrado el debate en si la ejecución se inició o no antes de la apertura de la liquidación y en si deben tomarse en consideración, a estos efectos, las actuaciones llevadas a cabo ante un órgano incompetente, todo ello a los efectos establecidos en el artículo 57.3º de la Ley Concursal, por el que, "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado".

Entendemos, sin embargo, que debe analizarse en primer lugar si la pérdida del derecho de ejecución separada que contempla dicho precepto alcanza a todo tipo de ejecuciones y, en particular, a las iniciadas por CAIXA D'ESTALVIS LAIETANA. Pues bien, en línea con lo afirmado por la apelante, **la norma limita su ámbito de aplicación a las ejecuciones de garantías reales afectas a la actividad profesional o empresarial del deudor o a una unidad productiva, únicas que se ven paralizadas por la declaración de concurso por mor de lo dispuesto en el artículo 56.1º.** Así se deduce de la rúbrica del artículo 57 – "inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales"-, expresión que presupone que la ejecución quedó suspendida. En segundo lugar, de la remisión que realiza el apartado primero al artículo 56 y al uso en el apartado tercero de los términos "estas acciones", esto es, las que disciplina el artículo 57. Y, en tercer lugar, de la referencia a la tramitación en pieza separada de las "actuaciones suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso".

Debe recordarse que este tribunal ya sentó como criterio que **el Juez de concurso carecía de competencia objetiva para conocer de las demandas de ejecución de garantías reales sobre bienes no afectos** (auto de 22 de septiembre de 2010, ROJ 5121/2010). Es decir, **este tipo de ejecuciones ni son competencia del Juez del concurso, ni se suspenden por la declaración –salvo la paralización momentánea hasta que el Juez se pronuncie sobre la afección-. Y tampoco, por tanto, el acreedor hipotecario pierde el derecho a la ejecución separada por el solo hecho de haberse abierto la liquidación.**

Obviamente, el acreedor con garantía real sobre un bien no afecto puede renunciar a ese derecho, **renuncia que se tendrá por efectuada si el bien se incluye en el plan de liquidación y el acreedor no se opone a que se realice en el concurso.** Esa situación procesalmente se dará con la aprobación del plan de liquidación.

Por todo ello, dado que las ejecuciones iniciadas por la apelante no recaen sobre bienes afectos a la actividad empresarial del concursado, debe estimarse el recurso.

CUARTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es procedente hacer pronunciamiento alguno.

Auto nº 29/2013, de 27 de Febrero de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El **plan de liquidación**, en el sistema de realización de bienes diseñado por la Ley Concursal, prima sobre las disposiciones de la LEC que regulan el procedimiento de apremio, que son supletorias.

Quienes no impugnaren en tiempo y forma el **inventario o la lista de acreedores** no podrán plantear pretensiones de modificación de su contenido (art. 97 LC). Se podrá hacer en cualquier caso con el trámite de personación en la sección (art. 198 LC) de cualquier acreedor o persona con interés legítimo, alegando por escrito lo que considere relevante para la calificación del concurso como culpable.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley Concursal, aprobó el plan de liquidación tal y como fue presentado por la administración concursal, rechazando las observaciones formuladas por los trabajadores por entender que eran ajenas al plan. En concreto, dentro del plazo contemplado en aquel precepto, la representación de los trabajadores denunció que el plan se “alejaba” de las reglas supletorias de la Ley de Enjuiciamiento Civil; interesó se modificara el plan, incluyendo determinados bienes; alegó que la administración concursal no especificaba el motivo que le llevaba a considerar incobrables los créditos; e interesó se indagara el patrimonio de C.S.T., S.L.P. y el posible desvío de bienes de la concursada.

En el recurso la recurrente reitera las mismas alegaciones que hizo valer en el trámite de observaciones al plan, considerando que la administración concursal ha infringido los artículos 36, 148 y 149 de la Ley Concursal. Tanto la administración concursal como la concursada se oponen al recurso.

SEGUNDO.- La representación de los trabajadores alega, en primer lugar, que se hayan despreciado las reglas supletorias de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que, a su entender, “no se garantiza la obtención de un rendimiento óptimo en la enajenación prevista de bienes y derechos que integran la masa”. Se trata, en definitiva, de una alegación genérica, que no se concreta en nada. **El plan de liquidación, en el sistema de realización de bienes diseñado por la Ley Concursal, prima sobre las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el procedimiento de apremio (artículo 149.3º de la Ley Concursal), que son supletorias.** Rigen únicamente de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado. La recurrente no justifica de ningún modo porqué ha de alterarse el sistema legal, dando preponderancia a las disposiciones del procedimiento de apremio, pensadas para una ejecución singular con un único ejecutante, frente a las operaciones previstas en el plan de liquidación. Debe rechazarse de plano, por tanto, la primera alegación.

TERCERO.- En segundo lugar la recurrente insiste que el plan omite bienes, alegación igualmente infundada. **El plan de liquidación contempla la forma en que han de realizarse todos los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.** Si la representación de los trabajadores entiende que se ha excluido algún bien o derecho, o si no está conforme con la valoración de alguno de ellos, debió impugnar el inventario en la forma establecida en el artículo 96.2º de la Ley Concursal, lo que no consta que hiciera. De ahí que el **artículo 97 disponga con carácter general que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores “no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos”.**

Tampoco las observaciones al plan o su impugnación son cauces adecuados para instar a la administración concursal para que indague el destino de bienes de la concursada, su desvío a otras sociedades o para hacer

proclamaciones de culpabilidad del concurso, como hace la recurrente. La representación de los trabajadores deberá aprovechar, en su caso, **el trámite que el artículo 168 de la Ley Concursal contempla para que cualquier acreedor o persona con interés legítimo se persone en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.**

Por último la recurrente pide "explicaciones" de porqué la administración concursal considera "incobrables" determinados créditos. Pues bien, la administración concursal, al dar respuesta a las observaciones de los trabajadores, dio cuenta de la situación de cada uno de los créditos y de las gestiones de cobro. En fin, la recurrente no plantea formas distintas de realización de los bienes ni cuestiona realmente las operaciones de liquidación planteadas por la administración concursal, por lo que, sin más innecesarias consideraciones, debe desestimarse íntegramente el recurso.

CUARTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 36/2013, de 11 de Marzo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: Si el interés del concurso pasa por la **venta de la unidad productiva** en funcionamiento, con conservación de los puestos de trabajo, el **Plan de liquidación** diseñará una **venta global** del conjunto de la unidad productiva.

Si la **ejecución separada** de los bienes objeto de la garantía real (maquinaria y mobiliario parte integrante de la unidad productiva) perjudicara el interés del conjunto de acreedores, el Plan de liquidación aprobado someterá a la ejecución colectiva aquellos bienes objeto de privilegio especial (art. 155 LC)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS) impugna el Plan de liquidación de la concursada HIT.A.A., S.L.U. La acreedora alega un único motivo de recurso: **la infracción de lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley concursal (LC), en relación con el artículo 149 de la propia ley.** Con base en ese único motivo, solicita, con carácter principal, que se destine parte del precio obtenido por la transmisión de la unidad productiva a satisfacer el crédito singularmente privilegiado de la TGSS, que asciende a 254.171,02 euros. Subsidiariamente, solicita que se aclare la regla de distribución del precio entre acreedores hipotecarios, en el sentido de que del precio a repartir, 198.303,97 euros, corresponden a la TGSS 77.755,83 euros.

La TGSS expone que tiene reconocidos en el concurso de HIT.A.A., S.L.U. unos créditos concursales que ascienden a 735.207,28 euros y unos créditos contra la masa de 30.926,75 euros, en el momento de emisión del certificado. De la cantidad referida, 254.171,02 euros están garantizados mediante hipoteca sobre determinados bienes muebles relacionados en el Anexo Tres II del Plan de liquidación, cuyo valor de tasación es de 576.060 euros.

En concreto, la TGSS especifica los acuerdos que considera que le afectan como acreedora: que la venta de los bienes que integran la unidad productiva se haga libre de cargas; que el adquirente no quede subrogado ni responsable solidario de la deuda pública de seguridad social nacida con anterioridad a la transmisión y no satisfecha, y la aprobación de la regla de distribución del precio obtenido en relación con los acreedores hipotecarios.

2. Dentro del motivo de impugnación, la TGSS alega, en primer lugar, que se infringe lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 149 LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. El precepto

invocado establece: *"El auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales que no gocen de privilegio especial conforme al artículo 90"*.

La impugnante argumenta que la norma exceptúa, de manera expresa, que puedan cancelarse las cargas constituidas a favor de créditos que gocen de privilegio especial, aun cuando los bienes se transmitan formando parte de una empresa o unidad productiva, como en el caso de autos. Por ello, concluye que el apartado a) del punto primero de la parte dispositiva del auto aprobatorio del plan de liquidación vulnera el precepto.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las reglas del artículo 149 LC, antes y después de la modificación por la Ley 38/2011, tienen carácter supletorio, como expresa la rúbrica del propio artículo (*Reglas legales supletorias*); como resulta del primer inciso del apartado que encabeza el artículo (*De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas*) y como anticipa la Exposición de motivos de la LC, que, al tratar de la liquidación, afirma: *"No obstante la mayor imperatividad de las normas que regulan esta fase, la ley las dota también de la conveniente flexibilidad, como se refleja en el plan de liquidación, que habrá de preparar la administración concursal y sobre el que podrán formular observaciones o propuestas el deudor y los acreedores concursales antes de su aprobación por el juez. Solo si ésta no se produce y, en su caso, en lo que no prevea el plan aprobado, se aplicarán supletoriamente las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso"* (VII, p. 2).

Es por ello que la doctrina ha hablado de dos formas de liquidación, la que sigue un plan de liquidación y la que sigue las reglas legales supletorias, y ha concluido que de esta dualidad se desprende que el plan de liquidación carece de limitaciones legales respecto a la forma de la enajenación, pudiendo extenderse incluso a los bienes sujetos a privilegio especial, con tal de que se respete la preferencia del acreedor, artículo 155 (Beltrán).

3. Se alega la vulneración del artículo 155 LC, que trata del *Pago de los créditos con privilegio especial*. Su apartado 1 dice: *"El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva."* Esta es la regla general a la que se ajusta el Plan de liquidación aprobado, tal como razona el juez mercantil en el auto objeto de la apelación. En el caso de HIT.A.A., S.L.U., se trata de una **ejecución colectiva**.

Es cierto que el artículo 155 regula otras modalidades de realización de los bienes afectos a créditos singularmente privilegiados.

I. Así, su apartado 2 establece una excepción en interés del concurso: *"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial."* Como resulta de la norma, se trata de una opción de que dispone la administración concursal (AC), para rescatar los bienes afectos con cargo a la masa. No es de aplicación a nuestro caso, en que la AC no ha ejercitado tal opción.

II. El artículo 155 también prevé la posibilidad de ejecución separada de los bienes o derechos afectos. El artículo 155.3 establece que *"el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos"*. Conforme al artículo 57.3, abierta la fase de liquidación, los acreedores que no hubieran iniciado su ejecución perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado.

III. El mismo artículo 155.3, en su primera parte, regula una modalidad especial de ejecución concursal separada o individual: *"Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará*

excluida de la masa pasiva". Como se desprende de la norma, esta forma de ejecución, posible antes de la liquidación (para evitar depreciaciones o costos de mantenimiento, para obtener liquidez...), cabe también como modalidad de liquidación del bien y de satisfacción del acreedor privilegiado. Se trata, no obstante, de una modalidad por la que tampoco se ha inclinado la AC en el caso de autos.

4. En nuestro caso, el **Plan de liquidación** diseña una **venta global del conjunto de la unidad productiva**. El juez mercantil observa, en el auto impugnado, que el **interés del concurso pasa por esa venta de la unidad productiva en funcionamiento, con conservación de los puestos de trabajo**.

En la misma dirección se pronuncia la LC, cuya **Exposición de motivos** señala que, aun en el caso de aplicación supletoria de las reglas legales sobre realización de bienes y derechos de la masa activa del concurso, *"la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa"* (VII, p. 5).

En la **regulación del Plan de liquidación**, el **artículo 148.1 LC** establece que *"siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos"*.

En idéntico sentido, la primera de las **reglas supletorias del artículo 149.1**: *"El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa."*

Según ha puesto de relieve el Sr. magistrado, la **ejecución separada de los bienes objeto de la garantía real de la TGSS (maquinaria y mobiliario que forman parte integrante de la unidad productiva)** perjudicaría el interés del conjunto de acreedores. Es por ello que el **Plan de liquidación aprobado** somete a la ejecución colectiva aquellos bienes objeto de **privilegio especial**.

5. Lo expuesto es **incompatible con la subasta prevista en el artículo 155.4 LC**, invocada por la defensa de la TGSS. Dice el precepto *"La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda"*.

Por tanto, esta última norma debe interpretarse de forma sistemática dentro del conjunto de normas que regulan la liquidación. Como ha señalado la doctrina (Beltrán), **cabe, por un lado, que las modalidades excepcionales de satisfacción de los créditos con privilegio especial hagan innecesaria la realización concursal de los bienes o derechos afectos al privilegio especial**. Por otro lado, **durante la fase de liquidación la prevista en el artículo 155.4 será la forma de realización de los bienes sólo cuando resulten de aplicación las reglas legales supletorias y se proceda a su venta individualizada**. Cuando se proceda a una enajenación global de la empresa, dentro o fuera de un plan de liquidación, es perfectamente posible la ejecución colectiva y se aplicarán entonces las reglas del plan de liquidación o la regla legal supletoria primera. La cancelación es la consecuencia necesaria de la realización del bien afecto al privilegio especial, realización que, en el presente caso, tiene lugar mediante la venta de la unidad productiva, que comprende el bien afecto.

6. El auto del juzgado mercantil, en relación con las alegaciones de la TGSS sobre el valor de los bienes que sirven de garantía a su crédito, razona que el crédito de la TGSS es de 254.171,02 euros y que la AC anuncia que distribuirá entre los créditos privilegiados especiales el importe obtenido de la venta de los bienes en cuestión, 198.303,97 euros. El juez constata que el plan contiene una regla de distribución del precio obtenido, para lo cual (i) se han valorado individualmente los lotes que componen la unidad productiva; (ii) se ha calculado el porcentaje que representan los bienes afectos al pago de

créditos con privilegio especial (14,91%); (iii) se ha aplicado el porcentaje al total del precio ofertado (1.300.000 euros). La cifra que arroja es la ya indicada de 198.303,97 euros. El resto, 1.131.716,03 euros se integrará en la masa activa para el pago conforme a las reglas de la LC.

El juez observa que no se ha discutido la bondad del cálculo de lo que representan los bienes afectos dentro del conjunto de bienes que se van a transmitir como unidad productiva en funcionamiento. Tampoco, lógicamente, se ha cuestionado ese cálculo en esta segunda instancia. En consecuencia, por las razones expuestas, debemos desestimar la petición principal del recurso de la TGSS.

7. Se ha de estimar la petición subsidiaria de la TGSS, de fijar en 77.755,83 euros la suma a atribuir a esta acreedora, en la distribución entre acreedores hipotecarios, del precio obtenido de 198.303,97 euros. La AC muestra expresamente su conformidad y también lo hace, indirectamente, la concursada, cuando coincide con el criterio propuesto por la TGSS, que atiende al valor proporcional de los bienes hipotecados.

8. La estimación, en parte, de la apelación determina la no imposición de las costas de la segunda instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 40/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Según el artículo 57.3 LC, abierta la **fase de liquidación**, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hayan ejercitado las acciones [ejecución hipotecaria, en este caso], perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado.

Sin embargo, la coincidencia de fechas entre la solicitud de ejecución hipotecaria y la **apertura de la fase de liquidación**, debe resolverse utilizando el criterio temporal que suministra el propio artículo 57.3 LC y dar anterioridad a la apertura de la liquidación. Esa coincidencia de fechas no puede resolverse difiriendo la apreciación de la fecha de apertura de la liquidación a la fecha de la notificación del auto de apertura a cada acreedor, así como tampoco en función de la hora exacta de una y otra actuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. BANCO SANTANDER, S.A. apela contra el auto del juzgado mercantil que decidió no admitir a trámite la demanda de ejecución hipotecaria presentada por la entidad bancaria contra la concursada, ON. MAR., S.L.

El auto impugnado, en su antecedente de hecho único, hace constar que la demanda de ejecución fue presentada por BANCO SANTANDER, el 18 de junio de 2012. En el fundamento de derecho único, cita el primer inciso del artículo 57.3 de la Ley concursal (LC), conforme al cual, "abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado". A partir de esos datos, concluye la inadmisión de la demanda.

2. La parte apelante alega que el auto adolece de un error relativo a los hechos que ha podido motivar la decisión que se impugna: la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria no fue el 18 de junio de 2012, como expone el auto, sino el 15 de junio de 2012. En ese momento, dice el recurso, el banco demandante no tenía constancia de la apertura de la liquidación, puesto que el auto del juzgado que ponía fin a la fase común y abría la fase de liquidación, de fecha 15 de junio de 2012, no le fue notificado hasta el 20 de junio de 2012, es decir, después de la presentación de su demanda de ejecución.

La tesis de la recurrente -que atribuye falta de claridad a la norma- es que la fecha de notificación de la resolución de apertura de la liquidación (20 de junio de 2012) es la que debe producir los efectos del artículo 57.3 LC, porque, en otro caso, el acreedor se encontraría indefenso ante la inseguridad de no poder computar cuándo ha precluido el momento de iniciar la ejecución hipotecaria. Alega que se añade la circunstancia concreta del caso, en que las fechas de la demanda de ejecución y del auto de apertura de la liquidación coinciden (15 de junio de 2012) y la inconveniencia de registrar la hora exacta en que se produjo cada acto. Alternativamente, propone que se considere que la presentación de la demanda se ha producido antes cuando, como es el caso, la apertura de la liquidación no se notifica hasta días después. Agrega que el propio banco tiene promovida otra ejecución hipotecaria a la que la administración concursal (AC) ha prestado su conformidad, por lo que ningún perjuicio se produce para el concurso, la masa activa o los acreedores. Finalmente, la parte apelante solicita que las costas del recurso no se impongan en ningún caso, atendida la situación especial y casual.

3. La AC se opone al recurso. Entiende que el artículo 57.3 LC es claro; considera que la fecha de apertura de la liquidación es única y es la del auto que la acuerda, no la fecha de su notificación, que puede ser distinta para las diferentes partes del procedimiento concursal, con la inseguridad jurídica consiguiente; comparte con el banco la improcedencia de dilucidar la hora exacta de cada actuación, por ser una tarea complicada e innecesaria y señala, finalmente, que la demandante pudo solicitar la ejecución cuando presentó otra demanda ejecutiva contra la concursada, el 17 de abril de 2012 y no lo hizo entonces ni tampoco más tarde hasta el mismo día del auto de apertura de la liquidación.

4. Tal como pone de relieve la parte apelante, el antecedente de hecho del auto impugnado contiene un error relativo a la fecha de presentación de la **demanda de ejecución hipotecaria**. Consta, por el sello del juzgado decano, que BANCO SANTANDER la presentó el 15 de junio de 2012, no el 18 de junio.

La copia del auto de apertura de la **fase de liquidación** del concurso de ON. MAR., S.L. que se aporta con el recurso, muestra que ese auto es también de 15 de junio de 2012, tal como alegan BANCO SANTANDER y la AC.

Esa coincidencia de fechas no puede resolverse en el sentido propuesto por la parte apelante, es decir, difiriendo la apreciación de la fecha de apertura de la liquidación a la fecha de la notificación del auto de apertura a cada acreedor. No solamente por las indeseables consecuencias de inseguridad jurídica que una tal interpretación es susceptible de desencadenar -inseguridad que, en cambio, pese a lo alegado en el recurso, no padece en nuestro caso el acreedor, que desde la declaración de concurso debió tener presente la previsión del artículo 57.3 LC, aunque faltara la certeza sobre la fecha futura-, sino porque **no se compadece con el tenor del artículo 57.3 LC (abierta la liquidación).**

Tampoco puede decidirse en función de la hora exacta de una y otra actuación, porque, aunque compatible con el contenido del precepto, este criterio, en términos generales, no sólo exigiría unos **requerimientos organizativos y tendría un potencial generador de conflictos desproporcionado en relación con los aislados y eventuales problemas a resolver,** sino porque, más concretamente, **no constan esos datos en el caso de autos.** Tanto BANCO SANTANDER como la AC rechazan este criterio.

El hecho de que la entidad bancaria instara en fechas muy anteriores otra ejecución hipotecaria nada aporta a la tesis que defiende, sino más bien a la que sostiene la AC, sobre la **facultad que la apelante pudo utilizar y no utilizó.**

Estimamos que la **forma más prudente de resolver la coincidencia de fechas entre la solicitud de ejecución hipotecaria y la apertura de la fase de liquidación pasa por utilizar el criterio temporal que suministra el propio artículo 57.3 LC cuando se refiere a “los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubiera ejercitado estas acciones” y referir ese antes, en nuestro caso, a la apertura de la liquidación.**

En consecuencia, debemos desestimar el recurso y confirmar el auto de inadmisión, cuya inexactitud sobre el dato fáctico de la fecha de presentación de la demanda, no elimina su pleno ajuste al artículo 57.3 LC que rige la situación.

5. Sin embargo, el error del auto impugnado sobre la fecha de presentación de la demanda y la simultaneidad de las actuaciones del juzgado y de la parte, que la recurrente califica, con razón, de

situación especial y casual, generan las dudas de hecho y de derecho ya razonadas, determinantes de que no se impongan las costas del recurso, pese a su desestimación (artículos 398.1 y 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 202/2013, de 15 de Mayo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: La solución liquidatoria de **enajenación de la empresa en su conjunto** (arts. 148 y 149 LC) es un mandato relativo, sometido a un juicio valorativo de la AC a modo de previsión desde unas bases objetivas. Por ello, sólo cabe hallar **responsabilidad en la AC** cuando no ha observado la diligencia debida en la solución liquidatoria, o por haber errado en su pronóstico de viabilidad de la empresa, determinado por la capacidad de la concursada de obtener ingresos superiores a los costes de explotación y gastos del concurso, hasta la oferta y adjudicación de la empresa como una unidad productiva en funcionamiento.

Por ello, no cabe apreciar que la decisión de extinguir la empresa estuviera desprovista de justificación jurídica y económica y que constituya una actuación negligente o contraria a la diligencia exigible, cuando la empresa se encuentre en una situación de precariedad (resultado de explotación y resultado del ejercicio negativos, importe neto de la cifra de negocios en descenso, patrimonio neto negativo, coste mensual de la explotación que lleva a pérdidas mensuales), además de encontrarse sin proveedores y sin ningún interesado en adquirir la unidad productiva en funcionamiento.

No cabe atribuir a los AC responsabilidad por haber efectuado el pago de **honorarios a una abogada** (crédito contra la masa del art. 84.2.2º LC) que, aparentemente, era debido y se había devengado. Si la abogada había sido partícipe y ejecutora de una trama que reviste caracteres delictivos, las responsabilidades que procedan se determinarán en la jurisdicción penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada, dictada por el juez del concurso de UD. MON., S.A., desestimó las dos demandas acumuladas de juicio ordinario (que dieron lugar a los procedimientos nº 835/2010 y nº 897/2010) en las que los Sres. J.T.C.y J.G.O., en su condición de acreedores de la concursada, ejercitaban, con sustento en respectivas imputaciones, la acción de responsabilidad en interés de la masa que configura el art. 36.1 LC (en el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011) contra los administradores concursales Sres. Vidal Fernández, Baigorri Hermoso y Velasco Dobaño. A una y otra demanda nos referimos por separado al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Procedimiento nº 835/2010: acción de responsabilidad contra los administradores concursales por razón de su actuación en la liquidación concursal de UD. MON., S.A.

SEGUNDO. 2. En esta primera demanda los actores exigían la responsabilidad de los administradores concursales (en adelante AC) designados en el concurso de UD. MON., S.A. (la concursada) por los daños y perjuicios causados a la masa activa a consecuencia de actos u omisiones contrarios a preceptos de la Ley Concursal o realizados sin la debida diligencia, al amparo del art. 36.1 LC, por razón, en síntesis, de su actuación en la fase de liquidación al haber decidido y materializado el cese de la actividad empresarial y ofertado los elementos o componentes de la empresa en forma separada, en lugar de procurar la enajenación unitaria de la empresa como unidad productiva en funcionamiento, contrariando así la previsión de art. 148 LC.

3. La demanda es una extensa sucesión de valoraciones jurídicas sobre hechos acontecidos en el procedimiento de concurso y otros colaterales cuyo relato cronológico y sustancial, sin embargo, omite.

Reconstruimos seguidamente, con el carácter de incontrovertidos, los hechos básicos de necesaria exposición para situar la reclamación, a partir de la contestación de la AC, de la documentación obrante en autos y de la sentencia apelada:

a) UD. MON., S.A. se dedicaba a la comercialización de productos de megafonía de la marca UDE que eran fabricados por TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L. Esta sociedad era el único proveedor de la concursada y es el principal acreedor ordinario en el concurso, con el 31 % del pasivo.

b) La sociedad matriz de UD. MON., S.A. es UDE S.A., cuyo concurso se tramita de forma acumulada al de la filial. Los activos de UDE S.A. estaban afectos a la empresa explotada por la concursada, entre ellos la marca UDE, propiedad de la matriz.

El demandante Sr. J.T.C. fue administrador de ambas sociedades hasta finales de junio de 2007. Ambos demandantes son acreedores de UD. MON., S.A. con créditos subordinados (así se admite en la demanda acumulada).

c) UD. MON., S.A. fue declarada en concurso por auto de 20 de septiembre de 2007.

d) El 2 de diciembre de 2008 se celebró la junta de acreedores para votar la propuesta de convenio que presentó la concursada, que preveía una quita y una espera.

El voto en contra del principal acreedor y único proveedor de la concursada, TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L., fue decisivo para frustrar la aprobación del convenio.

e) Rechazado el convenio, por auto de 8 de enero de 2009 se acordó la apertura de la fase de liquidación, concediéndose un plazo a la AC para que presentara el plan de liquidación.

f) El 16 de enero de ese año la AC presentó ante el juzgado una solicitud de expediente de despido colectivo (art. 64 LC) para extinguir la totalidad de los contratos de trabajo (de 14 trabajadores en total), adjuntando el convenio suscrito el 15 de enero alcanzado con los representantes de los trabajadores, que contempla una indemnización de 20 días de salario por año trabajado con el límite de 12 mensualidades. Se estipula que el 60 % de la indemnización será con cargo a la concursada como crédito contra la masa y el 40 % restante será abonado por el FOGASA.

g) El 30 de enero la AC presentó el plan de liquidación de los activos, que distribuía en varios lotes: el lote 1 agrupaba maquinaria, utillaje y vehículos; el lote 2 mobiliario y otras instalaciones; el lote 3 equipos informáticos; y el lote 4 existencias, deudores-clientes y tesorería.

h) El demandante Sr. J.T.C. presentó observaciones al plan de liquidación proponiendo que los activos de los lotes 1, 2 y 3 se aglutinaran en un solo lote, para ser posteriormente adjudicado al colectivo de acreedores conjuntamente con el lote 1 creado en el concurso de UDE S.A.

En el concurso de UDE S.A. la AC presentó el 19 de septiembre de 2008 un plan de liquidación que incluía dentro del lote 1 la marca UDE (explotada por UD. MON., S.A.), moldes industriales para la fabricación de productos de megafonía de la marca UDE y la participación social del 82,80 % en UD. MON., S.A..

i) La AC atendió en parte la observación del demandante y, con modificación del plan, propuso la venta conjunta de los activos mencionados en los lotes 1 2 y 3, siempre que las ofertas obtenidas igualasen o superasen la suma de las ofertas individualizadas por lotes.

j) El 27 de febrero fue dictado auto en el ERE 31/2009 por el que se autorizó la extinción de los contratos de trabajo, de acuerdo con el convenio de 15 de enero.

k) Por auto de 17 de abril de 2009 se aprobó el plan de liquidación presentado por la AC y por providencia de 3 de junio se señaló día para la apertura de las plicas

l) El 11 de junio se dictó auto aprobando el remate de los lotes 1, 2, 3 y 4 a favor de UN. DES. ELE., S.A. S.A., por la cantidad de 60.320 €. No hubo otras ofertas.

La sociedad adjudicataria fue constituida en enero de 2009 por socios de UD. MON., S.A..

m) En el concurso de la matriz UDE SA. el lote 1 fue adjudicado a FELCA UNITS S.A. por 25.000 €. Esta sociedad igualmente está vinculada a los socios de UD. MON., S.A..

TERCERO. 4. El reproche que la demanda dirige a los AC se enmarca, con profusión de valoraciones, en el contexto de una *trama* orquestada por los socios de la concursada para, a través de sociedades a ellos vinculadas, y a cambio de un precio irrisorio, hacerse con la empresa explotada por UD. MON., S.A., trama en la que los administradores concursales demandados habrían intervenido con su actuación omisiva o culpable, o habrían consentido sin reaccionar eficazmente.

Esta estrategia fraudulenta y delictiva, de la que informa la demanda desde su inicio, ha sido denunciada por los actores en una querrela criminal, admitida a trámite, dirigida contra los socios de UD. MON., S.A. y otras personas, mas no contra los AC, a quienes, en las correspondientes diligencias penales, seguidas con el nº 1824/2011 ante el Juzgado de Instrucción nº 12, ningún acto delictivo se les imputa.

Según la demanda, los querrellados (ya se ha dicho que los AC no lo son) han diseñado y ejecutado un plan para provocar artificiosamente la liquidación de UD. MON., S.A. y, ocultando su verdadera situación económica, forzar el cierre de la empresa que explotaba para facilitar la transmisión de los activos por un precio vil a la nueva sociedad creada por los socios de la concursada, UN. DES. ELE., S.A., que ha continuado explotando la empresa de la concursada, para vender los mismos productos a los mismos clientes.

5. De la lectura de la demanda, que sigue un esquema expositivo articulado en párrafos numerados (muchos reiterativos), se deduce que la conducta antijurídica que habría de generar la responsabilidad de los AC en el marco del art. 36.1 LC, se condensa, en definitiva, en no haber procurado la venta de la empresa explotada por la concursada como una unidad productiva en funcionamiento, con infracción del art. 148 LC, y en su lugar haber propiciado la “deconstrucción” de la empresa, desmembrando sus elementos para su enajenación separada, perdiendo así el fondo de comercio, del que se habría beneficiado la adjudicataria UN. DES. ELE., S.A. y contribuyendo así la AC a ejecutar la trama fraudulenta orquestada por los socios.

El origen inmediato de la responsabilidad sería la decisión de la AC de extinguir los contratos laborales de los trabajadores y, con esta actuación, el cese de la empresa, tras ser rechazada en la junta de acreedores la propuesta de convenio presentada por la concursada.

Los demandantes insisten en su demanda en que esta decisión no estaba justificada desde un punto de vista económico ni jurídico, porque la empresa era viable y podía haberse sostenido la actividad hasta la adjudicación como una unidad productiva en funcionamiento, que habría reportado un valor superior al de sus elementos aislados. Finalmente, la demanda identifica el daño con el importe de la indemnización pactada con los trabajadores en el convenio de extinción colectiva de los contratos de trabajo, 255.369,54 €, y solicitaba la condena de los AC a su pago a la masa en concepto de indemnización.

6. Seleccionamos, al igual que la sentencia apelada, algunos párrafos relevantes a efectos de identificar la conducta imputada:

- fundamenta la acción de responsabilidad “la decisión irregular y unilateral de la AC de poner fin a la actividad empresarial de la concursada y resolver los contratos de trabajo de todos sus trabajadores, decisión, atendidas las circunstancias económicas concurrentes entonces, abiertamente incompatible con el fin del concurso” (apartado 7);
- “la actuación de la AC ha ayudado a instrumentalizar el proceso en la dirección pautada por los imputados en la querrela, y responde al propósito deliberado de excluir el valor de la empresa de la masa activa” (apartado 11);
- a finales de 2008 no eran apreciables causas económicas que justificasen interrumpir la actividad de la empresa que explotaba UD. MON., S.A., apartándose de la fórmula conservativa que impone la LC (ap. 30); por ello resulta insólita la decisión de la AC de que la liquidación de la concursada haya de comportar el cese de la actividad y la automática e inmediata extinción de los contratos de trabajo (ap. 39); ninguna razón aconsejaba precipitar el cierre de la empresa antes de intentar realizarla como una unidad productiva en funcionamiento, y menos aun antes de que los acreedores pudieran manifestar su opinión al respecto, y de que el juez del concurso pudiera resolver con amplitud de conocimiento (ap. 48, 51, 52, 67...);
- la decisión de cerrar una empresa que genera beneficios es incompatible con el fin del concurso, que persigue el mantenimiento de la empresa como una unidad en funcionamiento (ap 38, 42, 48 y 50);
- la decisión de la AC contribuye a la trama urdida por los socios de la concursada, que perseguían la “deconstrucción” de la empresa (ap. 66); con la vía de hecho descrita se “deconstruyó” formalmente la empresa, impidiendo que ésta formara parte de la masa activa liquidable; se abandonó el uso de la marca y el fondo de comercio a favor de UN. DES. ELE., S.A. a cambio de un precio vil (ap. 78, 101, 102); esta operación de deconstrucción explica la razón por la que la AC decidió interrumpir la actividad de la empresa y despedir a todos los trabajadores el 15 de enero de 2009 (ap. 66);
- la AC ha permitido que una empresa que fue valorada en más de 5 millones de euros haya pasado a manos de una nueva compañía controlada por las mismas personas que controlaban a la deudora (ap. 105);
- el daño reclamado es el derivado del pago de las indemnizaciones laborales por razón del despido colectivo que nunca debería haberse producido (ap. 107);

En la fundamentación jurídica se dice que los AC deberían haber mantenido la empresa en funcionamiento e incluido la totalidad de sus elementos componentes en un único plan de liquidación, proponiendo una realización unitaria; mantener la empresa en funcionamiento no comportaba ningún problema, el resultado de la explotación era positivo; simplemente se debería haber solicitado la modificación del plan de liquidación de UDE SA, con el fin de adaptarlo a la situación sobrevenida tras la junta de acreedores de UD. MON., S.A., o bien proponer al juez que se aprobara la transmisión de los activos de la concursada a la otra para así reunir el conjunto de los medios materiales de la empresa en una sola liquidación.

7. La premisa de la que parte la demanda es que la continuidad de la empresa explotada por UD. MON., S.A. era viable, y se sustenta en el informe del perito Sr. Bermúdez, auditor y censor jurado de cuentas, elaborado con fecha 18 de abril de 2010, para la sección de calificación del concurso.

El perito considera (extremo séptimo) que, de acuerdo con los beneficios existentes a septiembre de 2008, parecía razonable pensar que la concursada pudiera cumplir los términos del convenio; constata que la propuesta de convenio presentada por UD. MON., S.A. hubiera resultado aprobada en el supuesto de que el acreedor TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L. hubiera votado a favor del convenio y deduce que *“la causa que explica el déficit patrimonial que se ha consolidado tras la liquidación de UD. MON., S.A. radica fundamentalmente en la posición adoptada por el acreedor TEF MONTAJES Y SERVICIOS S.L en la junta de acreedores”*.

Concluye que el beneficio de la concursada al 30 de septiembre de 2008 era positivo por valor de 145.913 € y *“en el supuesto de mantenerse durante un periodo de tiempo, sería suficiente para dar cumplimiento a lo establecido en la propuesta de convenio, lo que nos hace pensar, desde un punto de vista económico, que la interrupción de las actividades de la compañía no se encontraba justificada”*.

CUARTO. 8. Los AC expusieron en su contestación los motivos y circunstancias que les impulsaron a adoptar la decisión de finalizar la actividad de la concursada, tras ser rechazado el convenio en la junta de acreedores de 2 de diciembre de 2008. Son, en síntesis, los siguientes:

- El único proveedor y principal acreedor, TEF MONTAJES Y SERVICIOS, cuyo voto fue decisivo para rechazar el convenio, se negó a seguir suministrando a la concursada salvo que se le otorgaran garantías de cobro mediante un aval, que no pudo obtenerse, por lo que no aceptó ningún nuevo pedido, lo que determinó que la concursada quedara sin actividad al perder a su único proveedor industrial.

- De acuerdo con el dictamen pericial del auditor Sr. Cabrera, que examina la contabilidad de 2007 y 2008, el resultado de la explotación al 31 de diciembre de 2008 fue negativo, arrojando pérdidas por 900.343 €, y los fondos propios resultaron negativos por importe de 2.782.541 €; el margen bruto de explotación disminuyó considerablemente; durante 2008 se generó una pérdida mensual media por 16.507 €.

- El coste mensual laboral incluyendo seguridad social ascendía a 54.822 €, a lo que había que añadir el alquiler de la nave por 7.481 € mensuales, más gastos de suministros; todo ello arrojaba un coste mensual de 62.379 € que en seis meses supone 374.276 €, más el coste de la antigüedad laboral.

- En esta situación, alargar la vida de la estructura empresarial hasta la adjudicación de los bienes (seis meses después de la junta) habría supuesto unas pérdidas cuantiosas y una gran pérdida de liquidez. La AC debe evitar el devengo de créditos contra la masa si éstos no redundan en su beneficio, cuando no existen expectativas de mantener la empresa en liquidación, por lo que, atendidas las circunstancias, la AC actuó con celeridad negociando la extinción de los contratos de trabajo.

9. Los demandantes aportaron en la audiencia previa un segundo dictamen del perito Sr. Bermúdez, ya adaptado al presente procedimiento (el primero, como indica la sentencia apelada, fue elaborado para la sección de calificación y sólo tangencialmente incorporaba algunas conclusiones útiles para el presente procedimiento).

El perito explica en este nuevo dictamen que en su anterior informe consideró los resultados de explotación de la concursada a septiembre de 2008, fijando un beneficio de 145.913 €, *sin incluir los gastos de la administración concursal*, y no hizo mención a los resultados al 31 de diciembre de ese año porque centró su análisis en los estados contables presentados por la concursada al tiempo de proponer el convenio. No obstante, a la vista de los resultados obtenidos al 31 de diciembre de 2008, sus anteriores conclusiones siguen siendo válidas, y congruentes con estos resultados y la evolución que cabía esperar de la compañía.

Dando respuesta a los temas requeridos en el dictamen complementario, en particular sobre el extremo relativo a las *“circunstancias económicas relevantes que podían exigir el cierre de la empresa en funcionamiento en el contexto de una liquidación concursal”*, el perito parte de que la regla general aceptada por las partes, que es la de conservar la empresa en funcionamiento y proceder a su realización como una unidad (art. 148 LC), sólo pierde su eficacia en el supuesto de que un *análisis contable* de la situación de la deudora permitiese llegar a la conclusión de que los ingresos derivados de continuar la actividad fuesen insuficientes para cubrir los nuevos créditos contra la masa derivados de esa misma actividad. *“No ensayar la oportunidad de maximizar el resultado de la liquidación realizando la empresa en funcionamiento solo podría venir justificado cuando ello comporte un riesgo patente de empeorar aún más la situación de insolvencia que ha conducido a la liquidación”*, subraya el perito.

A tales efectos considera que la AC debió formular la cuenta de “estado de flujos de efectivo” (EFE) que (sin ser de llevanza obligatoria para la concursada) prevé el Nuevo Plan General Contable, y que proporciona información adecuada para efectuar una previsión de evaluación de la capacidad de la empresa para generar efectivo y, en consecuencia, sobre el grado de cobertura de nuevos créditos contra la masa que surgiesen en el periodo de tiempo durante el que se prolongase la realización de la empresa en funcionamiento.

El perito formula esta cuenta por el método *directo* (que es el aconsejado por las normas internacionales MIC7) a partir de los balances de situación y cuentas de explotación de 2007 y 2008 que detalla el dictamen del Sr. Cabrera, y constata que el ejercicio de 2008 presenta un *leve déficit* de 45.226 €, pero ciertos gastos no se volverán a producir durante 2009 (así las minutas de la abogada de la concursada y otros servicios de profesionales independientes).

No oculta el perito que existía un elemento de *incertidumbre relevante*, cual es la futura evolución de la facturación, pero considera que era poco probable que la facturación experimentara nuevos y significativos descensos, y el horizonte temporal al que se ceñía la hipótesis de explotación era breve (a lo sumo tres o cuatro meses). Concluye que, a la vista de la cuenta EFE 2008, se hubiera podido prolongar la actividad de la empresa sin incurrir en el riesgo de entrar en una situación de flujos de efectivo negativos en el 2009 que impidiesen afrontar el pago de los nuevos créditos contra la masa.

QUINTO. 10. Tras valorar la prueba practicada, la sentencia concluye que no se ha acreditado que la situación económica de la concursada, en el momento en que se adoptó la decisión de extinguir los contratos de trabajo, aconsejaba mantener la actividad con la finalidad de promover la venta de la unidad productiva.

El juez del concurso constata a estos efectos la situación creada tras el rechazo del convenio en la junta de 2 de diciembre de 2008: el voto en contra del principal acreedor y único proveedor, TEF MONTAJES Y SERVICIOS, como admiten las partes, fue decisivo para el rechazo, y su legal representante declaró en el juicio que el convenio no ofrecía garantías de cumplimiento y que sin esas garantías también se negaban a seguir suministrando material.

11. Teniendo presente este escenario, la sentencia considera que, jurídicamente, la extinción de los contratos de trabajo parecía la consecuencia lógica de la apertura de la liquidación y de la sustitución del órgano de administración de la concursada por los AC, y ofrece los siguientes argumentos a partir de la prueba practicada para fundamentar la ausencia de responsabilidad de los AC: - no se ha acreditado que existiera algún interesado en adquirir la unidad productiva con mantenimiento de los puestos de trabajo; - a tenor del dictamen del Sr. Cabrera, la concursada tuvo pérdidas de 198.085 € en el ejercicio de 2008, el patrimonio neto al cierre del ejercicio de 2007 era negativo por 1.882.201 € y al cierre del ejercicio de 2008 negativo también por 2.782.541 €; - el citado perito manifestó en el juicio que la facturación de la compañía disminuyó tras la declaración de concurso y que sólo con una inyección externa de capital podía continuar su actividad; - el primer dictamen del perito Sr. Bermúdez es ineficaz a estos efectos ya que considera el beneficio de explotación en un único trimestre, el tercero de 2008.

12. En consecuencia, indica la sentencia, **no puede tenerse por probado que existiera una alternativa viable al cese definitivo de la actividad**, y el segundo dictamen del perito Sr. Bermúdez no desvirtúa esta conclusión; el *novedoso* método de estado de flujos de efectivo no evidencia la tesis de que la venta de la empresa en funcionamiento era la opción más idónea; el perito admite un déficit de partida de 45.226 € en el ejercicio de 2008, y en su análisis excluye de forma arbitraria los honorarios de la AC y los de defensa de la concursada, que tienen la consideración de créditos contra la masa; no pondera suficientemente el descenso en la facturación tras la declaración de concurso y no tiene en cuenta la decisión del principal proveedor de cesar en el suministro, ni el descrédito que para clientes y proveedores deriva de la apertura de la liquidación y de la sustitución de los administradores de la sociedad por los AC.

En definitiva –concluye-, la decisión de la AC no fue contraria a la Ley, ya que la venta de la unidad productiva no deja de ser una opción contemplada en el art. 149 LC muy poco frecuente en la práctica, ni se llevó a cabo con infracción del deber de diligencia que impone el art. 35 LC.

SEXTO. 13. Previamente al examen de los motivos del recurso exponemos brevemente el **marco normativo** que configura la **responsabilidad de los AC** por su actuación en el procedimiento concursal, en relación con la concreta conducta que, como antijurídica, se les imputa en el escenario ya suficientemente descrito.

14. El **art. 36.1** dispone que los administradores concursales *“responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia”*.

Se trata de un régimen de responsabilidad civil por daños, orientado a reconstruir el quebranto patrimonial que haya podido padecer la masa activa como consecuencia de actos u omisiones de los administradores concursales, y cuyo presupuesto es una actuación que se revela antijurídica por contrariar un precepto legal (actos u omisiones *“contrarios a la ley”*) o bien la diligencia exigible en el desempeño del cargo, lo que exige un juicio de adecuación de la actuación de los AC al estándar o modelo abstracto de conducta exigible, que se espera de ellos en el ejercicio de su cometido como órgano del concurso, concretamente *“la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”* (art. 35.1 LC).

En el primer caso, la responsabilidad tiene como presupuesto la contravención de un precepto legal que directa o mediatemente imponga deberes a los AC, y de la que se siga un daño a la masa activa.

En el segundo, los AC responderán de los daños que ocasionen por culpa o negligencia (y con dolo) en que incurran con motivo u ocasión del desempeño de su cometido (pese a que no comporte una abierta contravención de un precepto legal) considerando el estándar o arquetipo de comportamiento que establece el art. 35 LC. Este juicio exigirá la valoración de la concreta coyuntura y circunstancias concurrentes para ponderar si la actuación de los AC, ante una situación que requería una decisión más o menos urgente o inmediata por su parte, se adecuó al canon de diligencia exigible.

Este patrón o modelo arquetípico elegido por la LC para medir la justificación y legalidad de su conducta, implica el **mantenimiento del grado de dedicación y atención exigible**, en función de las puntuales y concretas necesidades e intereses del concurso en cada momento, y, así mismo, **la obligación de actuar primando siempre el interés del concurso**, por encima de cualquier interés personal o de un tercero. También, adoptar y ejecutar las decisiones que cabe esperar de un **ordenado administrador**, si bien hay que precisar que en cuanto *administrador concursal*, lo que se traduce en una pauta constante de **actuación organizada y prudente**, en cada momento más o menos relevante en que su intervención sea requerida o necesaria, de acuerdo con las funciones atribuidas por la LC, de cara al concurso.

15. En el supuesto enjuiciado, la responsabilidad se sitúa en la fase de liquidación, y en un escenario específico, en el cual los AC, según los demandantes, debieron adoptar la decisión de mantener la explotación de la empresa para, en un período de tiempo supuestamente breve, proceder a su enajenación como una unidad productiva, en lugar de precipitarse a finalizar la actividad mediante la extinción de los contratos de trabajo para luego enajenar los activos aisladamente.

El reproche se conecta con la previsión del **art. 148 LC**, que ordena que la liquidación *“deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios del concursado o de algunos de ellos”*, pero *“siempre que sea factible”*.

Esta solución liquidatoria, con la salvedad indicada, se expresa en la Exposición de Motivos de la LC (apartado VII): *“la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”*.

La continuidad de la empresa, y su enajenación como unidad productiva es, por tanto, la solución liquidatoria preferida de la LC, pero siempre que sea posible o viable, teniendo en cuenta la mejor conveniencia a los intereses del concurso.

Es una regla general, pero no un mandato imperativo, incondicional o absoluto (como admiten los demandantes en su demanda y en el recurso). Deberá ponderarse en cada caso, en atención a la capacidad de la concursada para, mediante la explotación de su empresa, seguir generando rendimientos, con resultado positivo, que hagan posible el pago de los créditos contra la masa que se devenguen durante el período de espera hasta la oferta pública y adjudicación, y considerando, obviamente, la previsibilidad de ofertas para adquirir la unidad productiva en funcionamiento.

16. En el contexto liquidatorio, frustrado el convenio, la diligencia de un *ordenado administrador* a que se refiere el art. 35.1 LC no debe asimilarse a aquella que resulta exigible a los administradores de una empresa mercantil; los miembros de la AC están llamados a desempeñar una función específicamente concursal, distinta de la compleja actividad propia del mercado. Abierta la liquidación, la sustitución consecuente no implica que los AC se conviertan propiamente en administradores de la sociedad concursada; siguen siendo *administradores concursales*, no gestores de una empresa obligados a mantener su continuidad en el mercado a toda costa o en todo caso. La diligencia exigible se orienta a la obtención del mayor valor posible en la liquidación de la masa activa, de modo que deben valorar si la continuidad de la explotación de la empresa va a procurar mayores beneficios para la masa que su interrupción, porque va a generar ingresos superiores a los costes de la explotación y a los gastos del concurso.

17. La consecuencia de que la solución liquidatoria de enajenación de la empresa en su conjunto (arts. 148 y 149 LC) no es un mandato imperativo o absoluto, sino relativo, sometido a un juicio valorativo de la AC a modo de previsión desde unas bases objetivas, es que no cabe en este caso construir su responsabilidad por vulneración de la norma legal, sino en su caso por no haber observado la diligencia debida en la consecución de aquella solución liquidatoria, por haber errado en su pronóstico de viabilidad de la empresa, determinado por la capacidad de la concursada de obtener ingresos superiores a los costes de explotación y gastos del concurso, hasta la oferta y adjudicación de la empresa como una unidad productiva en funcionamiento.

El recurso incide en este enfoque, señalando las pruebas que han de conducir a concluir que la empresa era viable tras el rechazo del convenio.

SÉPTIMO. 18. Antes, el recurso se extiende en unas consideraciones previas en las que, entre otros extremos valorativos, censura a la sentencia que haya ignorado completamente la *trama* diseñada por los socios que ha sido denunciada ante la jurisdicción penal, y los hechos nuevos que han salido a la luz a raíz de las diligencias penales, que en su decir comprometen la actuación de los AC. Según los apelantes, la existencia del procedimiento penal es de extraordinaria importancia para la decisión del presente litigio y no cabe disociar la actuación de los AC del relato fáctico de la querrela.

Tras un reiterativo discurso de carácter genérico, el recurso no consigue exponer estos *hechos nuevos* que serían trascendentes en este procedimiento hasta el apartado 38 y siguientes (inmediatos o alternos), en los que se dice que las actuaciones penales han puesto de manifiesto que la proveedora TEF. MON., persuadida por los socios de la concursada, ha estado suministrando productos a FEL. UN. (sociedad, según hemos sabido por el examen de las actuaciones, vinculada a los socios de UD. MON., S.A. y adjudicataria del lote 1 en el concurso de UD., S.A.), desviando así un importante volumen de ventas que

debería haber revertido en beneficio de la concursada; así, en diciembre de 2008, TEF. MON. facturó a FEL. UN. productos UD. por importe total de 341.000 €, y FEL. UN. facturó productos UD. a clientes de la concursada por 738.626 € y luego a la adjudicataria UN. DES. ELE., S.A., que siguió vendiendo productos UDE a los clientes que antes eran de la concursada.

La trama denunciada, afirma el recurso, ha quedado acreditada por los hechos descubiertos en las diligencias penales, y la sentencia no los ha tenido en cuenta.

19. La legal representante de TEF., Sra. L.F., ya manifestó en su declaración en el acto del juicio que dicha sociedad vendió productos de megafonía UD. a FEL. UN. en diciembre de 2008, y que en 2009 incorporó como cliente a UN. DES. ELE., S.A., después de confirmar que su empresa votó en contra del convenio porque no creía que llegara a cumplirse; que una vez que cesaran los AC no tendría garantías de cobro de los nuevos suministros que pudiera hacer; y que tenía muy claro que sin garantías votaban en contra del convenio y no suministrarían más materiales a la concursada.

La sentencia apelada, como se ha visto, ha tenido en cuenta esta circunstancia (que TEF se negaba a suministrar más material a UD. MON., S.A. para su comercialización), ciertamente relevante a la hora de efectuar un pronóstico de viabilidad de la empresa una vez frustrado el convenio. Por tanto, no es que haya ignorado datos relevantes a la hora de enjuiciar el litigio. Los hechos nuevos a los que alude el recurso tan sólo corroboran la voluntad del proveedor TEF de prescindir de UD. MON., S.A. en diciembre de 2008 (el día 2 se votó el convenio), ejecutando así su nueva política de ventas, por no confiar en la viabilidad de la concursada.

20. De otro lado, si la sentencia no menciona la denunciada *trama*, es decir, los hechos imputados a los socios de la concursada en las diligencias penales, es porque resulta irrelevante para decidir la responsabilidad de los AC de acuerdo con la causa de pedir que fundamenta la demanda, incluso considerando el contenido fáctico de la querrela, a la que los demandantes han aludido constantemente sin especificar, en este procedimiento, en qué concreta medida influye para el enjuiciamiento de la responsabilidad de los AC. De hecho, la parte demandante manifestó (al igual que la demandada) su postura contraria a la suspensión por prejudicialidad penal (conforme al art. 40 LEC) cuando el magistrado, advertido de la existencia de las diligencias penales, les otorgó un plazo de audiencia a tales efectos (providencia de 26 de abril de 2011), manifestando la actora que los hechos en que se funda la acción aquí ejercitada no coinciden con los hechos imputados a los querrelados en las diligencias penales (f. 189).

En cualquier caso, no consta que en las diligencias penales haya sido dictada ninguna resolución, o informe o escrito del Ministerio Fiscal, que involucre a los AC en esa supuesta trama; como se ha dicho, los AC no son parte querrelada, y su actuación no es investigada por el juzgado penal. Del contenido de tales diligencias, en fin, no se ha aportado ningún dato trascendente para el enjuiciamiento de la acción ejercitada.

Por ello, sin perjuicio de que en las diligencias penales puedan ser imputados los socios de UD. MON., S.A., a los que se atribuyen varios delitos con ocasión de la tramitación del concurso de dicha sociedad, nada relevante aportan al presente procedimiento, más allá de la afirmación de los demandantes de una supuesta colaboración, por actos u omisiones culpables o negligentes de los AC, con los querrelados, pero esa imputación es gratuita.

OCTAVO. 19. En otros pasajes el recurso denuncia una indebida inversión de la carga de la prueba que, en el decir de los apelantes, aplica la sentencia. Argumenta que no cabe atribuir a los demandantes la carga de probar que la situación económica de la empresa aconsejaba su venta como unidad productiva, desplazando sobre los actores la prueba sobre el desacierto de la decisión de los AC, cuando son ellos los que cuentan con la información pertinente para justificar su decisión.

20. De acuerdo con el art. 217.2 LC corresponde a los actores la carga de alegar y probar los hechos constitutivos de la pretensión, que en este caso consisten en (a) la identificación de la

conducta generadora de responsabilidad imputable a los AC en cuanto tales, con la pertinente argumentación sobre su carácter antijurídico; (b) la producción de un daño a la masa activa, y (c) la relación de causalidad entre el daño y aquella conducta.

Si el comportamiento antijurídico se sitúa en la fase de liquidación y en el concreto contexto del art. 148 LC, por no haber procurado la conservación de la empresa para su enajenación en conjunto, como una unidad productiva, es cierto que los AC cuentan con la disponibilidad y facilidad para, si no acreditar la legalidad de su conducta, sí por lo menos ofrecer las razones que les condujeron a adoptar la decisión cuestionada y a deshechar otras posibles; en este sentido es cierto que cobra aplicación el apartado 7 del art. 217 LEC, aplicado a los AC.

21. Ahora bien; los AC han ofrecido los motivos de su decisión, que han sido en la primera instancia y serán objeto en la segunda de la oportuna valoración judicial, de modo que debe entenderse **cumplida la exigencia que deriva de la disponibilidad y facilidad probatoria**. A partir de sus explicaciones el tribunal podrá formarse un criterio sobre la adecuación de su conducta al **patrón de diligencia exigible**, en orden a procurar la solución liquidatoria que prefiere el art. 148 LC.

La **sentencia**, en realidad, no invierte indebidamente la carga de probar, sino que atiende a lo que fácticamente ha quedado acreditado, lo valora jurídicamente y concluye que los AC no faltaron a la diligencia exigible ni vulneraron con su decisión el art. 148 LC. No es que, ante la falta de prueba de hechos relevantes, o en la duda sobre su realización o acaecimiento, desplace hacia los demandantes el perjuicio consecuente a la ausencia probatoria, sino que **considera probados los hechos relevantes y los valora, concluyendo que no hubo una actuación antijurídica por parte de los demandados**.

NOVENO. 22. El eje fundamental del recurso es la denuncia de una errónea valoración de la prueba practicada. En la tesis de los apelantes, la actividad probatoria, correctamente valorada, ha de llevar a la conclusión de que la continuidad de la empresa en funcionamiento era viable desde la junta en la que se rechazó el convenio (2 de diciembre de 2008) hasta la realización de la masa (junio de 2009), que debió sujetarse a la opción de venta de la unidad productiva en funcionamiento.

Lo que **rechazamos** es que la sentencia se haya apartado de la causa de pedir y de los términos en que quedó delimitado el debate y haya incurrido, por ello, en **incongruencia** (que se denuncia en los apartados 75, 76 y 77 del recurso). **La sentencia valora la prueba practicada y concluye que no ha existido una actuación negligente, o con ausencia de la diligencia exigible, por considerar que la empresa no era viable en el sentido expuesto, y esa valoración no es incongruente.**

23. Señala el recurso que a estos efectos la demanda sostenía un criterio técnico avalado por la mayoría de la doctrina: **la factibilidad a que se refiere el art. 148 LC ha de medirse por el grado de cobertura de los gastos de la actividad empresarial con los ingresos de la misma, y la evidencia de que los ingresos de la actividad cubrían los gastos**, y por ello era factible vender la empresa como un todo, resulta del segundo informe del perito Sr. Bermúdez, a partir de la cuenta EFE, que prevé el art. 35.4 del Código de Comercio (introducido por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y en vigor desde el 1 de enero de 2008). Conforme a este nuevo apartado, *“el estado de flujos de efectivo pondrá de manifiesto, debidamente ordenados y agrupados por categorías o tipos de actividades, los cobros y los pagos realizados por la empresa, con el fin de informar acerca de los movimientos de efectivo producidos en el ejercicio”*.

El perito elabora esta cuenta (que, así se admite, no era de obligatoria llevanza por la concursada, conforme al art. 175 TRLSA) a partir de las cuentas anuales de la concursada, y alcanza las conclusiones ya indicadas en el anterior fundamento 9.

24. El pronóstico de viabilidad que efectuó la AC se basó en los resultados que reflejaban las cuentas anuales de 2008, que, conforme al dictamen del Sr. Cabrera, mostraban que el resultado de la cuenta de explotación del ejercicio de 2008 fue negativo por importe de 198.085 €; el resultado del ejercicio fue de pérdidas por 900.340 €; el importe neto de la cifra de negocios descendió un 31,21 % con respecto a

2007; el patrimonio neto resultaba negativo por 2.782.541 €; y durante 2008 se generó una pérdida mensual media por 16.507 €.

La AC consideró así mismo el coste mensual de la explotación (anterior apartado 8 de esta fundamentación), que alcanzaba más de 60.000 €, a lo que había que añadir los gastos del concurso. Y tuvo en cuenta así mismo las circunstancias concurrentes tras ser rechazado el convenio: el principal o único proveedor, TEF. MON., se negó a seguir suministrando a UD. MON., S.A., lo que abocaba a la paralización de la actividad comercial que desarrollaba la concursada, y sin constancia de ningún interesado en adquirir la unidad productiva en funcionamiento (de hecho, no hubo más ofertas que la de UN. DES. ELE., S.A.).

En este contexto, como razona la sentencia, no cabe apreciar que la decisión de extinguir la empresa estuviera desprovista de justificación jurídica y económica y que constituya una actuación negligente o contraria a la diligencia exigible.

25. El análisis del perito Sr. Bermúdez en su segundo informe, en el que dictamina sobre la viabilidad de la empresa a finales de diciembre de 2008, por más que contemple un periodo de tiempo no superior a los seis meses, se basa en la información que puede suministrar la cuenta EFE en una proyección de futuro, sobre el previsible grado de cobertura de nuevos créditos contra la masa en el periodo de tiempo que transcurriese hasta la enajenación de la empresa en funcionamiento. Es decir, es un análisis estrictamente *contable*, que utiliza esa cuenta contable para fundar una hipótesis sobre los resultados de la explotación en los meses posteriores, a fin de evaluar la capacidad de la empresa para generar flujos de efectivo, partiendo de los datos que proporciona el ejercicio anterior. No deja de ser un ejercicio de hipótesis, al igual que la evaluación contable que a estos efectos efectuó la AC a partir de la cuenta de explotación.

Con todo, el resultado de la cuenta EFE que elabora el perito refleja un déficit de 45.226 €, si bien considera que ciertos gastos soportados en 2008 no volverán a repetirse durante 2009, como los honorarios de la abogada de la concursada y de otros profesionales. La supresión de estos gastos, sin embargo, no deja de formar parte de la hipótesis. El procedimiento de concurso hubiera continuado hasta la enajenación de los bienes y derechos de la masa activa y la declaración de conclusión, y no está claro que en su previsión o pronóstico el perito haya incluido los honorarios de los AC.

Señala así mismo que *“el único elemento de incertidumbre relevante era la futura evolución de la facturación”*, y añade que *“era poco probable que ésta experimentara nuevos y significativos descensos”*, y el horizonte temporal al que se ceñía la hipótesis de explotación era breve, a lo sumo tres o cuatro meses.

26. Estimamos que, con ser una hipótesis con fundamento *contable*, no deja de ser una previsión a partir de indicadores exclusivamente de ese carácter, *contables*, que se proyectarían sobre el futuro, por más que en un periodo de tiempo de unos seis meses, y que resultaba insuficiente para elaborar un prudente pronóstico de viabilidad en la coyuntura creada tras el rechazo del convenio.

El análisis estrictamente contable, que es el que efectúa el citado perito, prescinde de la situación creada y de las conocidas decisiones de terceros cuya política comercial podían contribuir sin duda a hacer viable la continuidad de la empresa con un margen de superávit. Es en particular la incertidumbre relevante que admite el perito, relativa a la evolución de la facturación, uno de los factores trascendentes, si no el principal, que debía ser considerado, a partir de la junta de acreedores celebrada el 2 de diciembre de 2008, pues el único proveedor de la concursada, TEF. MON., había anunciado que no realizaría más suministros, y en diciembre de 2008 ya estaba produciendo para FEL. UN., y en 2009 pasó a vender los productos UD. a la adjudicataria UN. DES. ELE., S.A..

El perito Sr. Bermúdez, centrado en un pronóstico de base meramente contable, no tiene en cuenta, o por lo menos no valora con la importancia que merecía a la sazón, en diciembre de 2008, la decisión del proveedor TEF. MON., que prácticamente anulaba la expectativa de continuidad, o cuando menos

disminuía considerablemente la fundada previsión de ingresos de explotación que pudieran cubrir los costes y los gastos del concurso, ya fuera durante seis meses.

27. De otro lado, no cabe considerar la controversia sobre la corrección, desde el punto de vista de la aplicación de los criterios contables, de las cuentas anuales de 2008, por no reflejar la imagen fiel de la concursada y tergiversar en negativo su verdadera situación, cuestión a la que el recurso se refiere en los apartados 146 y siguientes. Esta cuestión fue introducida por el perito Sr. Bermúdez en su declaración acordada como diligencia final, pero resulta ajena al debate, ya que no se hizo mención a ningún defecto o deficiencia de las cuentas anuales en el escrito de demanda ni en los dictámenes del citado perito. Es por ello una *cuestión nueva* que no puede fundar el recurso de apelación (art. 456 LEC), ni pudo ser considerada por la sentencia apelada, sometida al principio de congruencia por virtud de las alegaciones *oportunamente deducidas* en el proceso. Al no haber sido introducida tal cuestión en el debate procesal en el momento en que debió serlo para posibilitar la defensa, no cabe tenerla en cuenta a la hora de resolver el litigio.

En todo caso, las incorrecciones que señaló y las correcciones que propuso en su declaración el Sr. Bermúdez no han sido contrastadas con ningún otro parecer pericial, precisamente por su extemporánea alegación.

DÉCIMO. 28. El recurso introduce así mismo nuevas alegaciones o hechos que igualmente quedan afectados por la preclusión al no haber sido oportunamente deducidos en la fase alegatoria de la primera instancia. Afirma (apartados 76, 88, 91 y otros) que la AC prescindió de una oferta vinculante de compra de la empresa en funcionamiento que explotaba UD. MON., S.A. por parte de FELCA UNITS.

Pero en la demanda no se alegó la existencia de esta supuesta oferta; las únicas menciones que encontramos a FEL. UNI. es en los apartados 96 y 102 de la demanda, y en ellos no se alude a ninguna oferta de compra de la empresa en funcionamiento por parte de dicha sociedad, ni siquiera se explica cual es su vinculación con UN. DES. ELE., S.A. y con los socios de UD. MON., S.A..

Lo que revela lo actuado es que FEL. UN. no hizo oferta alguna en el concurso de UD. MON., S.A. sino en el de la matriz UDE S.A., que era la propietaria de la marca, de los moldes industriales y de la participación mayoritaria en UD. MON., S.A., para adquirir el lote 1, siendo la única ofertante.

29. En otros apartados (90, 92, 94, 95), reprocha a la AC que planteara como una mera venta de activos los bienes y derechos de UDE S.A. y que no llegara a proponer a FEL. UN. la adquisición de la empresa y subrogarse en los contratos de trabajo de las personas que pudieran ser indispensables para continuar la actividad empresarial de UD. MON., S.A..

Este planteamiento es también *nuevo*, ya que no lo hallamos expuesto en la demanda para fundamentar la responsabilidad de los AC.

En todo caso debe tenerse presente que UD. MON., S.A. no aglutinaba en su activo, con título dominical, todos los elementos de la empresa que explotaba; así, la marca era propiedad de UDE S.A., y también los moldes industriales, sobre los que únicamente tenía un título contractual que le autorizaba para su uso.

Tales elementos, así como la participación mayoritaria en UD. MON., S.A., fueron agrupados en el lote 1 del concurso de UDE S.A., y el plan de liquidación de esta sociedad hacía constar que esos bienes (marca, moldes y participación social) configuran *“una unidad de negocio operativa en el mercado”*. Y es FEL., sin constancia de ningún otro ofertante, quien adquiere ese lote, configurado como una *“unidad de negocio”*, que podría implicar (no sabemos hasta qué punto, pues la demanda no lo desarrolla) la propia empresa explotada por UD. MON., S.A.; es una discusión extemporánea, y no debe olvidarse que nadie excepto FEL. presentó ofertas para su adquisición, sin que sea imputable a culpa o negligencia de la AC la cuantía de las únicas ofertas, formuladas por FEL. y UN. DES. ELE., S.A., en los respectivos concursos.

Por último, tampoco podemos calibrar hasta qué punto la AC podía forzar a FEL. a adquirir la empresa en funcionamiento con subrogación en los puestos de trabajo.

Procedimiento nº 897/2010: acción de responsabilidad contra los administradores concursales por razón del abono de los honorarios de la abogada Sra. Bleier

DECIMO PRIMERO. 30. En esta segunda demanda, con amparo en el mismo precepto (art. 36.1 LC), los actores solicitaban la condena de los AC a reintegrar a la masa los honorarios abonados a la letrada de la concursada UD. MON., S.A., Sra. Susana Bleier.

La Sra. Bleier fue designada abogada de la concursada para defender sus intereses en el concurso después de la intervención del letrado Sr. Mallol, que firma las demandas de responsabilidad contra los AC, y que preparó la solicitud de concurso.

31. La demanda fundamenta la responsabilidad de los AC en que abonaron con cargo a la masa los honorarios de la abogada dando su conformidad a las minutas que ésta presentó: a) 32.215 € por su intervención en la fase común del concurso; b) 32.770 € por la intervención en la fase de convenio; y c) 10.300 € por la fase de liquidación.

Es indiscutido que la Sra. Blerier rectificó la cuantía total de sus honorarios y, a instancia de la AC, reintegró a la masa la suma de 23.200 €.

La demanda sostiene que:

a) la minuta por la fase común es excesiva: los honorarios que correspondería percibir, según las normas orientadoras del ICAB, no podrían superar 12.818 €;

b) la minuta por la fase de convenio es indebida; la abogada y los socios de UD. MON., S.A. diseñaron un plan para boicotear la propuesta de convenio y liquidar la compañía, de modo que no intervino en defensa de los intereses de la concursada;

c) la minuta por la fase de de liquidación es indebida por la misma razón: los intereses que realmente patrocinaba la abogada eran los de UNION DESARROLLO ELECTRÓNICOS S.A.

Tras una amplia exposición de la trama ya descrita, en la que habría participado la abogada, la demanda denunciaba la negligencia de los AC por no haber consultado al ICAB sobre la procedencia y cuantía de los honorarios y terminaba interesando que fueran condenados a pagar a la masa (a) los honorarios de la abogada que, tras prudencial valoración, el juzgado determine que fueron percibidos en exceso por su actuación en la fase común; b) los honorarios percibidos por su actuación en la fase de convenio; y c) los percibidos en la fase de liquidación, más sus intereses en todos los casos.

32. La sentencia desestimó la demanda por dos razones: a) los demandantes no impugnaron el reconocimiento del crédito contra la masa a favor de la abogada de la concursada, ni el informe de rendición de cuentas; y b) las minutas de la letrada se ajustan a las normas orientadoras de honorarios del ICAB.

Indica el Sr. magistrado que la sentencia dictada en fecha 14 de abril de 2009, en el incidente de reintegración seguido contra el abogado Sr Mallol, se fijaron en 85.696,82 € los honorarios correspondientes a la totalidad del procedimiento, correspondiendo 17310,76 € al Sr. Mallol por haber formulado la solicitud de concurso. Por tanto, al resto de fases correspondería, de aplicarse las normas del ICAB, 68.386,06 €, suma superior a la percibida por la letrada Sra. Bleier (52.085 €).

En consecuencia, **el pago del crédito contra la masa no es manifiestamente erróneo ni contrario a la Ley, ni se ha causado daño alguno a la masa.**

33. El recurso argumenta, en necesaria síntesis, que: la causa de pedir en la que los actores fundamentaban la pretensión radica en la participación de la Sra. Bleier en la trama denunciada; la cuestión no es cuánto percibió sino en concepto de qué; habiendo participado en el diseño y ejecución de la trama que ha “deconstruido” la empresa, la masa no debería hacerse cargo de sus honorarios; la AC no podía ignorar que la actuación de la letrada ha sido gravemente perjudicial para los intereses de la masa y por ello estaba obligada a rechazar sus honorarios o a exigir su reembolso.

34. Con tales argumentos, los apelantes no desvirtúan la corrección, proporcionalidad o adecuación de la cuantía que, en concepto de honorarios profesionales, fueron abonados a la letrada, y tampoco su procedencia material por retribuir el trabajo procesal efectivamente realizado en el concurso.

Los honorarios de la abogada de la concursada constituían una deuda contra la masa (art. 84.2.2º LC) y se corresponden con actuaciones procesales efectivamente desarrolladas. Con la información que aquí disponemos, y sin oír a la Sra. Bleier no podemos concluir que su actuación estuvo guiada por el designio de perjudicar los intereses de la concursada o de la masa, que efectivamente los perjudicó, que la AC debió percatarse de ello y que en ningún caso debió pagar sus honorarios.

El planteamiento argumental de la demanda y del recurso no evidencia, en fin, una actuación indiligente de la AC al atender el pago de los honorarios. Si la Sra. Bleier ha sido partícipe y ejecutora de una trama que, según la parte actora, reviste caracteres delictivos, las responsabilidades que procedan se determinarán en la jurisdicción penal, a cuyo ámbito se ha llevado a esos efectos. Pero no cabe atribuir a los AC responsabilidad por haber efectuado el pago de un crédito contra la masa que, aparentemente, era debido y se había devengado.

En definitiva, no es apreciable en este supuesto un daño a la masa ni una actuación contraria a la ley o negligente por parte de los AC.

DECIMO SEGUNDO. 35. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a los apelantes (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 75/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La **valoración de los bienes** que se hace durante el concurso no tiene más que un valor meramente informativo y no atribuye a los bienes el valor real, que únicamente el mercado fija. El hecho de que el acreedor no impugne la valoración no le inhabilita para cuestionar el plan de liquidación.

En el pago de **créditos con privilegio especial** del 155.4 LC, la realización de los bienes y derechos afectos se hace por medio de subasta, y únicamente se admite la venta directa por medio de pago al contado, lo que excluye la dación en pago.

En la normativa aplicable actualmente, se incluye la **cesión en pago o para el pago**, si así lo solicita la AC o el acreedor con privilegio especial y lo autoriza expresamente el juez del concurso, pero únicamente si se ha hecho a favor del propio acreedor con el privilegio especial o bien a favor de la persona que éste designe.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. Catalunya Banc, S.A. interpone recurso de apelación contra el auto que aprobaba el plan de liquidación presentado por la concursada y que, en sustancia, propone pagar los créditos concursales y los créditos contra la masa por medio de la adjudicación de los bienes que se encuentran en la masa activa, esto es, las fincas que integran una promoción inmobiliaria, todas las cuales se encuentran hipotecadas por Catalunya Banc, quien, según la propia propuesta de liquidación, ostenta un crédito con garantía hipotecaria por importe de 7.818.111,85 (el acreedor fija su importe en el momento de la declaración en una cantidad superior, de 7.846.565,33 euros). Junto al acreedor hipotecario, el resto de acreedores tienen la condición de ordinarios y son: (i) A., S.A., con 935.750,89 euros; (ii) Ed. A., S.L., con 88.615,55 euros; y (iii) ES. HOR. CO., S.A., con 175.000 euros. Dos de ellos (los primeros) se afirma por la recurrente que son empresas vinculadas con la concursada por lo que se trata de créditos subordinados. La propuesta contenida en el plan aprobado consiste, en sustancia, en atribuir a cada uno de los acreedores inmuebles por un valor algo inferior al importe de sus créditos y dejar algunos inmuebles asignados para venderlos en pública subasta y con su valor de realización poder hacer frente a las deudas de la masa.

2. La queja de Catalunya Banc estriba, de forma esencial, en que (i) el plan es contrario al ordenamiento jurídico porque desconoce sus derechos como acreedor privilegiado, concediéndole un trato similar al de los acreedores ordinarios e incluso subordinados; (ii) el valor que se ha atribuido a los inmuebles asignados en concepto de dación en pago a cada uno de los acreedores no es un valor de mercado sino un valor de tasación que no se corresponde con el verdadero valor de realización; (iii) el plan mezcla de forma improcedente dos momentos propios de la liquidación: el método de liquidación y el pago; y (iv) no se le puede obligar a que acepte la dación en pago, que exige su consentimiento expreso. Por ello formuló oposición al plan presentado y no aceptó la dación en pago que en el mismo se proponía.

3. El AC y la concursada oponen que el recurso resulta inadmisibile porque se están impugnando los fundamentos de la resolución y no su parte dispositiva y porque se está impugnando la valoración atribuida a los inmuebles adjudicados en un momento en el que ya no es posible hacerlo. También se opusieron en el fondo alegando que el plan aprobado era acorde con nuestro ordenamiento jurídico.

SEGUNDO. 4. No podemos compartir con la AC que el recurso no esté cuestionando la parte dispositiva de la resolución recurrida. Aunque su argumentación se dirija a cuestionar los fundamentos de la resolución recurrida, es evidente que su propósito está dirigido a cuestionar el acierto de la parte dispositiva de la resolución recurrida, esto es, a cuestionar la aprobación del plan de liquidación.

5. Tampoco tiene fundamento la segunda causa de inadmisibilidad opuesta, en este caso por ambas partes recurridas. La recurrente no está impugnando la valoración de los inmuebles sino afirmando que la misma no tiene porqué servir como parámetro para imponer un precio de adjudicación en pago que las adjudicatarias (o al menos alguna de ellas) no acepten. Tiene razón la recurrente: **la valoración de los bienes que se hace durante el concurso no tiene más que un valor meramente informativo y no atribuye a los bienes el valor real, que únicamente el mercado fija. El hecho de que no impugnara en su momento la valoración no le inhabilita para cuestionar ahora el plan de liquidación porque ninguna relación guarda una cosa con la otra.**

TERCERO. 6. El art. 155.4 LC dispone que *<<(l)a realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el Juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a*

valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar>>.

A su vez, la redacción de esa norma antes de la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que es la aplicable al caso, establecía que <<(l)a realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal, oídos el concursado y el acreedor titular del privilegio, el juez autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar>>.

7. Con esta disposición, que ni el plan de liquidación ni la resolución judicial aprobándolo han tomado en consideración, se tutelan los derechos acreedores de los titulares de privilegios especiales en el concurso, impidiendo que puedan quedar frustrados por el hecho de no haber hecho uso del privilegio de la ejecución separada o no haber tenido la ocasión de hacerlo. De ahí que en el texto anterior al actualmente vigente, procedente de la reforma introducida por Ley 38/2011, de 10 de octubre, únicamente se admitiera la posibilidad de apartarse de la subasta cuando existieran ofertas de realización que garantizaran todo el crédito afecto al privilegio especial y siempre que el pago se hiciera al contado. Por consiguiente, ni siquiera admitía el legislador la posibilidad de que la venta directa se hiciera a través de la dación o adjudicación en pago o para pago.

La razón de ser de esas limitaciones, y esa extraordinaria protección de los créditos con privilegio especial dentro de la liquidación, se encuentra en que los acreedores que ostentan el privilegio especial tienen derecho a cobrar sus créditos con lo que se obtenga con la realización de los bienes gravados con preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, incluidos los créditos contra la masa.

8. Los antecedentes seguidos antes de la aprobación del plan de liquidación evidencian que no se ha seguido el procedimiento que esa norma describe, que exige, como regla general, llevar a cabo la realización por medio de subasta y únicamente admite la venta directa o la cesión en pago o para el pago si así lo solicita la AC o el acreedor con privilegio especial y lo autoriza expresamente el juez del concurso. En lugar de ello se ha atendido a la petición hecha por parte de la concursada al formular el plan de liquidación anticipada, en el que se propone directamente la cesión en pago de los bienes, sin atender a la oposición del acreedor que ostenta el privilegio especial.

9. Aun cuando pudiéramos considerar cumplidos los requisitos de forma del procedimiento de realización establecidos en el art. 155.4 LC, tampoco podríamos considerar que la actuación seguida haya respetado las exigencias de esa norma, que **no admite otra forma de venta directa que la realizada por medio de pago al contado, lo que excluye la dación en pago** que se ha utilizado en el plan de liquidación como forma de realización.

Y tampoco sería admisible en el caso de que la norma aplicable fuera la actualmente vigente, conforme a la cual la cesión en pago o para pago únicamente es admisible si se ha hecho <<a favor del propio acreedor con el privilegio especial o bien a favor de la persona que éste designe>>. Por consiguiente, **únicamente si Catalunya Banc hubiera autorizado expresamente la cesión a favor de los demás acreedores podría ser admisible la misma** y es evidente que ello no ha ocurrido, lo que constituye un segundo motivo que nos debe llevar a revocar la resolución recurrida y no poder aprobar el plan de liquidación propuesto.

CUARTO. 10. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 77/2013, de 28 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Las licencias para prestar los servicios urbanos de taxi se pueden transmitir con la autorización previa del ente que las ha concedido; no son **inembargables**.

Los acreedores que han sufrido el **incumplimiento de los compromisos del deudor** pueden decidir una solución convencional, que si no se acepta, forzarán al deudor a la **liquidación empresarial**.

FONAMENTS DE DRET

1. El dia 13 de gener de 2012, l'administració concursal (en endavant, AC) del concurs del Sr. M.S.C.S. va presentar davant el jutjat mercantil el pla de liquidació. Consistia, en síntesi, en la venda de dues llicències de taxi de titularitat del concursat (dels ajuntaments de Vilanova i la Geltrú i Sant Pere de Ribes, respectivament) i el vehicle matrícula B-7134-VV. Més endavant, l'AC va afegir al pla de liquidació el vehicle matrícula 6185 FZB, propietat del concursat que l'AC va conèixer arrel d'una comunicació administrativa.

2. La interlocutòria del jutjat mercantil va aprovar el pla de liquidació, tot rebutjant les observacions efectuades pel creditor Sr. M.E. i l'oposició formulada pel concursat. El Sr. magistrat va introduir una modificació al pla: en lloc de la transmissió immediata de les llicències, va acordar que es fes progressivament. La primera llicència havia de transmetre's als sis mesos d'aprovat el pla i la segona al cap d'un any, mitjançant venda directa, amb presentació d'ofertes en plica tancada.

3. El concursat recorre en apel·lació contra la interlocutòria del jutjat:

A) Amb caràcter principal demana que s'exclouin del pla de liquidació les llicències de taxi que explota el Sr. C., perquè: i) són intransmissibles i ii) sense elles no té cap font d'ingressos.

B) Subsidiàriament, proposa que s'aprovi un pla de liquidació en el qual s'estableixi que s'entreguin en administració a l'AC, o a la tercera persona que aquesta designi, els béns relacionats en el pla per tal que l'explotació la continuï portant a terme el concursat i l'AC apliqui els rendiments al pagament dels crèdits, amb fixació d'una pensió d'aliments al concursat.

4. Les peticions del recurs i les raons adduïdes ja van ser examinades i resoltes adequadament pel Sr. magistrat en la interlocutòria impugnada.

A) i) Quant a l'exclusió de les llicències de taxi, la part apel·lant la fonamenta, en primer lloc, en la intransmissibilitat d'aquelles llicències. Per mostrar la manca de base de l'al·legació, el jutge fa referència a les ordenances municipals aportades per l'AC.

L'Ordenança reguladora del servei de taxi de l'Ajuntament de Sant Pere de Ribes, aprovada el 20 de desembre de 2003, estableix en l'article 9 **que les llicències per a prestar els serveis urbans de taxi es poden transmetre amb l'autorització prèvia de l'Ajuntament**. En el mateix sentit, l'article 17 de l'Ordenança municipal reguladora del servei de taxi de Vilanova i la Geltrú, aprovada el 2 d'octubre de 2009. **L'autorització administrativa prèvia formava part de les condicions de transmissió proposades en aquest cas per L'AC.**

Es pot afegir que la Llei del Parlament de Catalunya 19/2003, de 4 de juliol, del taxi (DOGC 3926, de 16 de juliol de 2003) en l'article 10, "Transmissió de les llicències", apartat 1, disposa: "**Les llicències per a prestar els serveis urbans de taxi es poden transmetre amb l'autorització prèvia de l'ens que les ha concedides, que només en pot denegar la transmissió en el termini d'un mes d'ençà de la data de la sol·licitud, si l'adquirent no compleix les condicions necessàries per a l'atorgament inicial de la llicència.**"

S'entén que la transmissió de la llicència de taxi és autoritzada en el cas de manca de resposta expressa de l'ens que l'ha de concedir, un cop transcorregut el dit termini".

Per tant, cal rebutjar el primer motiu de recurs sense necessitat de més raonaments.

5. **A) ii)** Tampoc no es pot acollir la segona de les al·legacions, segons la qual, si s'allienen les dues llicències de taxi, el concursat perdrà qualsevol font d'ingressos, fet que aniria en contra del que preveuen els articles 605 i ss. de la Llei d'enjudiciament civil (LEC).

Ni les llicències ni els vehicles (inclòs el de matrícula més recent, l'existència del qual va ser ocultada a l'AC) constitueixen béns inembargables. No s'ignoren els seriosos efectes que comporta la liquidació, un dels desenllaços possibles del procediment concursal instat pel propi Sr. C. Ara bé, **són els creditors que han patit l'incompliment dels compromisos del deutor, no els tribunals, els que poden decidir una solució convencional que no va ser acceptada en el cas**, abocant a la liquidació prevista en la Llei concursal (LC).

L'AC ja ha exposat la possibilitat d'exercir la professió de taxista en un règim diferent i el jutge ha introduït **modificacions al pla de liquidació** que, sense perjudicar els creditors, han de **facilitar al concursat reorganitzar la situació econòmica, transcorreguts ja més de dos anys des de la declaració de concurs voluntari.**

6. **B)** Finalment, pel que fa a la **proposta subsidiària del recurrent**, no podem més que reiterar allò que el jutge fa constar en la interlocutòria impugnada: el plantejament que fa el Sr. C. **suposaria mantenir una administració judicial dels béns del concursat, de manera indefinida, fins a la satisfacció dels creditors, solució que no està prevista en la Llei concursal ni és la finalitat de la fase de liquidació en la qual ens trobem.**

Per les raons exposades, hem de desestimar el recurs d'apel·lació.

7. La desestimació del recurs determina que s'imposin les costes a la part apel·lant (article 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 221/2013, de 27 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Aunque exista la **obligación del deudor de solicitar la liquidación** (142.2 LC) cuando, durante la vigencia del convenio, la concursada conozca o deba conocer la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél, el deudor de hacerse cargo de la realidad, en cuanto a la disponibilidad de tesorería y los esfuerzos de negociaciones con terceros inversores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. *Hechos no discutidos*

Los hechos que constituyen antecedentes de la controversia, no discutidos por las partes, son los siguientes:

1. Por auto de 10 de diciembre de 2008, se declaró el concurso de C.I.M., S.L.

2. Por sentencia de 4 de marzo de 2010, se aprobó el convenio presentado por la concursada el 2 de diciembre de 2009. El convenio preveía el pago a los acreedores en un plazo de cinco años, sin quita ni intereses. Se establecía un período de carencia de los dos primeros años, durante los cuales, C.I.M., S.L. debía "centrar sus esfuerzos en el pago de los créditos contra la masa, de los privilegiados en el concurso en la forma y plazos acordados con sus titulares".

3. La administración concursal (AC) estuvo interviniendo los pagos de C.I.M., S.L. hasta el 25 de marzo de 2010. La rendición de cuentas de la AC está fechada a 29 de marzo de 2010.

4. El 3 de mayo de 2010, la AC presentó su informe de calificación del concurso de C.I.M., S.L., que consideró fortuito, como también lo consideró el Ministerio fiscal (MF). Ello determinó el archivo de la pieza de calificación.

5. El 5 de octubre de 2010, C.I.M., S.L. presentó escrito comunicando la imposibilidad sobrevenida de cumplir el convenio. Alegaba que no se conseguían las previsiones de ventas, ni financiación bancaria suficiente ni socios inversores.

6. El auto del juzgado mercantil de 13 de octubre de 2010 declaró la rescisión del convenio y la reapertura de la sección 6ª, de calificación.

7. La AC presentó nuevo informe que calificaba el concurso como culpable e imputaba la responsabilidad al administrador único de C.I.M., S.L., don C.E.E.. El MF se adhirió a la calificación.

1. Informe de la administración concursal y del Ministerio fiscal

El nuevo escrito de calificación de la AC –como el del MF- invoca, como supuestos para la declaración del concurso culpable, los de los artículos 164.1, 164.2.3º y 165.1º de la Ley concursal (LC). Alega que el incumplimiento del convenio y la situación de insolvencia actual vienen determinados por la actuación negligente del deudor antes de la solicitud de concurso, durante su tramitación y con posterioridad a la aprobación del convenio, por: 1) falta de diligencia debida en la gestión de la sociedad; 2) proposición de un convenio que sabía que no podía cumplirse y 3) solicitud tardía de la liquidación, por imposibilidad de cumplir el convenio, en octubre de 2010.

La AC considera que ha habido, como mínimo, un comportamiento gravemente culposo del deudor que ha contribuido a la generación o a la agravación del estado de insolvencia, con perjuicio para los acreedores. Según la AC, tras el convenio, ante el reiterado diferencial mensual entre las ventas previstas y las reales, C.I.M., S.L. no habría adoptado medidas para ajustar a niveles inferiores su dimensión mínima de producción. La AC alega que, al informar favorablemente el convenio, ya había hecho hincapié en que para su consecución debían concurrir con éxito las hipótesis, supuestos y variables previstos en él. Se ha generado un nuevo pasivo post-concursal de 1.674.438,41 euros (la deuda con la Hacienda Pública es de 707.829,06 euros y, con la Seguridad Social, de 605.498,27 euros). Desde el inicio del concurso, la AC ya había constatado que C.I.M., S.L. no había sido competente para elaborar la información contable y financiera mensual que permitiera conocer su suficiencia en generar recursos. Esta situación se habría mantenido después de aprobarse el convenio. El órgano de administración tenía que haber reaccionado dentro de los dos meses posteriores a la aprobación del convenio.

La AC sostiene que, aunque técnicamente la liquidación no se haya abierto de oficio, sino a instancias del deudor, el propio escrito de la concursada que comunica la imposibilidad de cumplir el convenio reconoce que viene motivado por la notificación de la TGSS de inicio de la vía de apremio, al denegar los aplazamientos solicitados, por no atenderse los vencimientos corrientes. Por ello, concurriría, a criterio de la AC, el supuesto del artículo 164.2.3º LC.

También concurriría, según la AC, el supuesto del artículo 165.1º, de incumplimiento del deber de solicitar el concurso, en este caso, referido al deber de solicitar la liquidación cuando se conoce el incumplimiento del convenio. La concursada debió solicitarlo, al menos, en junio de 2010, cuando, tres meses después de la aprobación del convenio, vio la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones tributarias y de SS.

En el mismo sentido se manifiesta el MF.

2. La sentencia del juzgado

El Sr. magistrado observa que el retraso en solicitar la apertura de la liquidación no puede encuadrarse en el artículo 165.1 LC, ya que el precepto se refiere al deber de presentar el concurso y no al de solicitar la liquidación ante la imposibilidad de cumplir el convenio. La decisión al respecto no ha sido cuestionada. La sentencia rechaza también la aplicación al caso del artículo 164.2.3 LC, ya que es presupuesto de esa previsión legal que la fase de liquidación se haya abierto de oficio. En el caso de autos se ha abierto a solicitud del deudor (artículo 142.3 LC). Tampoco esa cuestión ha sido objeto de impugnación.

La sentencia aprecia, sin embargo, que el concurso es culpable con base en la cláusula general del artículo 164.1 LC, porque, en esencia, estima que ha habido un retraso del deudor al solicitar la liquidación ante la imposibilidad de cumplir el convenio y que ese retraso constituye un comportamiento negligente que ha agravado la situación de insolvencia de C.I.M., S.L. El Sr. magistrado, a partir del informe de la AC, concluye que la concursada, en marzo de 2010 facturó un 19,38 % menos de lo

previsto en el plan de viabilidad; en abril, un 40,52 % menos y en mayo, un 31,81 % menos. A ello añade que los gastos de la compañía superaban los ingresos, en marzo, en un 25,36 %; en abril, en un 12,60 % y en mayo, un 9,86 %. Es decir, no solo se producía una desviación importante entre los ingresos previstos para cumplir el convenio y los reales, sino que éstos no llegaban a cubrir los gastos mensuales de la compañía, situación que se prolongó desde el momento mismo de cumplimiento del convenio hasta la solicitud de liquidación.

En cuanto a la responsabilidad ex artículo 172 bis LC, atendida la enfermedad sufrida por el administrador único de C.I.M., S.L., Sr. C.E.E., cuya alta hospitalaria fue el 30 de abril de 2010, el juez considera que, en junio de 2010, debió renunciar al cargo o solicitar la liquidación de la compañía. Por ello, le condena a responder de una cuarta parte del pasivo generado desde marzo de 2010, que cuantifica en 405.439 euros.

3. Recurso de apelación de la concursada

Las alegaciones del recurso de apelación de C.I.M., S.L. pueden resumirse así:

1) La reapertura de la pieza de calificación por incumplimiento o anuncio de la imposibilidad de cumplimiento del convenio se rige por los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 LC, que delimitan el objeto de la calificación: determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe calificarse de culpable en razón de dicho incumplimiento. La calificación de esta segunda pieza no puede basarse en los artículos 164 y 165 LC.

2) El artículo 142.2 LC, a diferencia del artículo 5.1 LC, no obliga al deudor a solicitar la liquidación cuando advierta una insolvencia, salvo cuando ésta determine el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento del convenio.

3) Aunque la sentencia del juzgado descarta la aplicabilidad del artículo 165.1 LC, lo acaba aplicando y libera a la AC y al MF de probar el elemento subjetivo de la culpabilidad, aunque resta aún la carga de probar no solo la insolvencia, sino que ésta determinó el incumplimiento del convenio y la relación de causalidad entre la generación de la insolvencia y la conducta del administrador imputado.

4) El informe pericial en que se basa el juez lo encargó la AC. La deudora, desapoderados sus órganos, no podía contrastar la exactitud de los datos. En todo caso, cuando la concursada constató la imposibilidad de cumplir el convenio fue cuando no vio aumentar las ventas en la precampaña de Navidad y fracasaron sus conversaciones con la inversora Churchill, en la reunión de 30 de septiembre de 2010. Finalmente, la insolvencia no se cuantificaría en 1.621.768,46 euros, sino en 917.000 euros, cifra en que los gastos superaron a los ingresos.

4. Recurso de apelación del administrador de la concursada

El recurso de apelación de don Carlos C.E.E. añade a las alegaciones de C.I.M., S.L.:

1) El administrador sufrió una gravísima enfermedad, infarto agudo de miocardio, que le dejó incapacitado para cualquier actividad laboral y, más todavía, para la de administrar la sociedad.

2) No existía un deber de renuncia al cargo. La sociedad, de carácter familiar, desde su constitución se reunía siempre en juntas universales y podía cesarlo y nombrar otro administrador. Los socios han declarado que no lo hicieron porque esperaban la recuperación del Sr. C.E.E..

3) La disolución y liquidación de la compañía corresponde a la junta general. En cualquier caso, la baja por enfermedad grave impide al administrador conocer la situación de la compañía.

4) La liquidación la pidió C.I.M., S.L. sin intervención del Sr. C.E.E. a los siete meses del convenio y la pudo pedir dentro del plazo que la sentencia considera aplicable.

5. Régimen jurídico aplicable y delimitación del objeto de este juicio

El artículo 167.2.1 LC, en la redacción aplicable al caso, por razones temporales (la anterior a la modificación por la Ley 38/2011), establece que: "*Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar:*

1. Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución".

El artículo 168.2 LC, cuando trata de la personación y de la condición de parte, establece que *“En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.”*

Finalmente, el artículo 169.3 dispone: *“En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.”*

En nuestro caso en que, como recuerda el juez del concurso, hubo una calificación inicial (el informe de la AC se presentó dos meses después de la aprobación del convenio), conforme a la cual, tanto la AC como el MF consideraron el concurso como fortuito, y en que, como consecuencia de la petición del deudor de liquidación por la imposibilidad de cumplimiento del convenio, se reabre la pieza de calificación, debemos concluir, a partir de los preceptos transcritos, que, tal como propugna la parte apelante:

- 1) El régimen jurídico aplicable es el de los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 LC.
- 2) En consecuencia, **la calificación del concurso ha de basarse en el incumplimiento imputable del convenio, no en causas distintas ni anteriores.**

6. El retraso en la solicitud de liquidación

I. A partir de los datos de autos, no puede hablarse de incumplimiento del convenio. No lo hubo, puesto que, como alega la parte apelante, debido al período de carencia, cuando C.I.M., S.L. presentó su solicitud de liquidación faltaba casi un año y medio para el primer pago comprometido en el convenio. Lo que hubo fue la **constatación por la deudora** –constatación que comparten todos los litigantes- **de la imposibilidad de cumplir el convenio en el momento futuro pactado.**

II. La sentencia del juzgado no establece la culpabilidad por el incumplimiento del convenio imputable al deudor, sino por el retraso de éste en presentar la solicitud de liquidación, con agravación de la situación de insolvencia.

Como se ha dicho en ocasiones (así, con matices, en la interesante sentencia del Juzgado mercantil 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2011, invocada por la parte apelante), **la solicitud tardía de la liquidación, merecería quizás alguna previsión legal específica. Sin embargo, la ausencia de tal previsión sobre sus efectos no autoriza a trasladar directa o indirectamente al caso el tipo del artículo 165.1 LC, establecido para una situación distinta, que no puede ser objeto de aplicación extensiva, atendida la naturaleza de la calificación concursal.**

La norma del artículo 165.1 LC, que tipifica la falta de solicitud de la declaración de concurso, se aplica en conjunción con lo dispuesto en el artículo 5.1 LC, que impone al deudor el deber de 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. El artículo **142.2 LC**, a diferencia del artículo 5.1 LC, no obliga al deudor a solicitar la liquidación a los dos meses de advertir la insolvencia –o la agravación de la insolvencia- sino **“cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél”.**

III. El conocimiento de la imposibilidad de cumplir el convenio no viene determinado automáticamente por el conocimiento de la insolvencia ni por su incremento temporal. La concursada admite que se generó un pasivo post-concursal (inferior al cuantificado por la AC) no cubierto por la facturación generada durante la vigencia del convenio, pero alega que esa generación de deuda ni implicaba el incumplimiento del convenio ni lo ponía en peligro, ya que su primer vencimiento se producía un año y medio más tarde, atendidos los dos años de carencia. Afirma que tampoco comprometía la atención de las nuevas obligaciones posteriores al concurso. En primer lugar, porque la sociedad tenía en cartera papel suficiente para atender tales obligaciones, aunque fuera con cierto retraso: en el Plan de liquidación de la AC se recoge que, a 31 de octubre de 2010 –veinte días después de la apertura de la liquidación-, en la partida de clientes había en cartera 2.118.997,01 euros, de los que 1.474.012 euros aún estaban pendientes de vencimiento, y un saldo de tesorería de 199.771,31 euros (estos datos constan, efectivamente, en la copia del plan de liquidación aportado a los autos). En segundo lugar, C.I.M., S.L. alega que consta en autos que el grueso de sus ventas se producía en la primera mitad del segundo trimestre, de cara a la campaña de Navidad (este dato lo contradice el escrito de oposición al recurso y no hallamos en autos los documentos invocados por una y otra parte que permitan establecerlo o excluirlo con una mínima

seguridad). Finalmente, C.I.M., S.L. se refiere a su búsqueda de inversores externos entre las empresas de su sector y al fracaso de la reunión con determinada empresa británica el 30 de septiembre de 2010, lo que habría determinado la solicitud de la concursada, de 5 de octubre de 2010, al constatar la imposibilidad de cumplir el convenio (la realidad de la búsqueda de inversores tiene apoyo en los documentos aportados por la concursada y no la niega la AC).

Aunque se entienda que la norma legal exige al deudor pedir la liquidación no solo cuando efectivamente conozca la imposibilidad de cumplir, sino también cuando, atendidas las circunstancias, tenga que conocerla, no puede obviarse un componente subjetivo en ese enjuiciamiento por parte del deudor de los hechos en presencia. Entre estos hechos deben incluirse, en el caso de autos, la disponibilidad de tesorería y los esfuerzos de negociaciones con terceros inversores, que no han sido negados por la parte actora. **En el contexto descrito, no podemos considerar acreditado que C.I.M., S.L. infringiera el deber de solicitar la liquidación impuesto por el artículo 142.3 LC.**

Cuestión distinta es que, como sostiene la acreedora G.Q.S., S.L. -según afirma, la única que votó en contra del convenio-, la propuesta de la concursada fuese de cumplimiento imposible. Ello late en los escritos de la AC en esta pieza de calificación, que subraya ahora sus pasadas reservas sobre el convenio. Lo cierto es que, en su momento, emitió una opinión favorable al plan de viabilidad y al plan de pagos, que consideró razonables, aunque precisó que su cumplimiento dependería de otras variables cuyo control no estaba en la mano de los gestores de C.I.M., S.L.

Finalmente, en relación con el retraso alegado en la solicitud, no puede olvidarse que el artículo 142.4 LC (ahora 142.2) prevé, **para el caso de que el deudor no solicite la liquidación durante la vigencia del convenio, que podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso**, según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley.

Lo expuesto determina la estimación del recurso de C.I.M., S.L. y del recurso del administrador don C.E.E., por no apreciarse la culpabilidad del concurso. No es necesario, por tanto, examinar los restantes motivos de apelación invocados.

7. Costas

La estimación de los recursos determina que no se impongan las costas de la segunda instancia (artículos 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 de la Ley concursal).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 96/2013, de 26 de Junio de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: El **derecho de ejecución separada** del art. 55.1 LC (en el caso, el alzamiento de los embargos por la TGSS), se encuentra limitado por la ley reformadora 38/2011, al momento temporal de continuación de las ejecuciones separadas al momento de la aprobación del **plan de liquidación**. Así, a las actuaciones anteriores debe aplicarse la retroactividad interpretativa, respecto a esa modificación legislativa.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil en primera instancia ordenando la cancelación del embargo trabado por su parte sobre el fondo F. Ren. Gar., F.I.A.M. antes de la declaración del concurso. Alega la recurrente que el juzgado mercantil ha incurrido en error al alzar el embargo aplicando la nueva regulación establecida por la Ley 38/2011 en los arts. 55.1 y 149.3 LC, cuando el régimen aplicable era el

anterior, conforme al cual la apertura de la fase de liquidación no constituía límite para que la TGSS pudiera realizar su embargo, ni puede justificar su alzamiento.

2. La concursada se opuso al recurso alegando que, a pesar de ser cierto que el embargo se trabó antes de la declaración del concurso y que el bien no estaba afecto a la actividad de la concursada, la TGSS no llevó adelante la ejecución y, en cuanto se abrió la fase de liquidación (el 14 de octubre de 2010), perdió el derecho de ejecución separada.

SEGUNDO. 3. El artículo 55.1 de la Ley Concursal, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que es la aplicable por razones temporales al caso planteado, conforme a la Disposición Transitoria Primera de la citada ley de reforma, prevé que "declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor". Sin embargo, en el párrafo segundo aclara que "podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor".

4. No establecía de forma explícita la normativa anterior a la reforma operada por Ley 38/2011 si el derecho de ejecución separada regulado en el precepto citado podía considerarse limitado en el tiempo o bien era un derecho de carácter absoluto en su extensión temporal. Ante ese silencio legal se produjeron interpretaciones contradictorias: mientras para unos la falta de límites temporales establecidos por el legislador equivalía a la posibilidad de que el derecho de ejecución separada pudiera ejercitarse en cualquier tiempo, otras opiniones sostenían que era preciso coordinar el ejercicio de la ejecución separada con la propia sustanciación del proceso concursal, porque no podía desconocerse el principio de universalidad que rige en el concurso y consecuencia del cual es que tanto el crédito protegido con el derecho de ejecución separada como los bienes afectados por el mismo se encuentran dentro de las masas del concurso. Por ello, **una vez abierta la fase de liquidación, el plan de liquidación elaborado por la AC ha de prever la enajenación de todos los bienes y derechos que integran la masa (art. 148.1 LC), lo que incluye los bienes afectados por el derecho de ejecución separada.**

5. Por consiguiente, no podía quedar en la completa indefinición el **derecho de ejecución separada** sino que era preciso poner **límites temporales** al mismo para evitar esa descoordinación. Para resolver ese problema se produjeron algunos pronunciamientos, como el de la AP de Pontevedra de 24 de abril de 2008 que estimó que el **silencio o la pasividad del acreedor público ante un plan de liquidación que contempla la venta del bien embargado en vía administrativa privaba a la Administración de su derecho de ejecución separada.** En similar sentido nos pronunciamos en nuestro Auto de 15 de mayo de 2009 (Roj: AAP B 4341/2009).

6. Podía ser discutible cuál fuera el momento en el que la pérdida del derecho de ejecución separada se producía, e incluso la razón concreta a la que se pudiera anudar esa extinción. No obstante, lo significativo es que, **tratándose de un privilegio de carácter exclusivamente procesal, no podía admitirse que quedara su ejercicio ilimitado en el tiempo porque ello resulta contrario al principio de universalidad del concurso.**

7. La modificación del art. 55.1 LC por la Ley 38/2011, que limita el momento temporal de **continuación de las ejecuciones separadas al momento de la aprobación del plan de liquidación** ha venido a resolver ese problema con un criterio seguro. Que esa norma no resulte directamente aplicable por razones temporales no significa que no quepa su **retroactividad interpretativa**, esto es, su aplicación retroactiva para resolver un problema interpretativo preexistente. Esto creemos que es lo que, en definitiva, ha hecho el juzgado mercantil, razón por la que estimamos que su decisión está bien justificada.

TERCERO. 8. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, que reenvía al art. 394 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, a pesar de haber sido desestimado el recurso, cuando, como en el caso sucede, se puedan apreciar dudas de derecho.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 97/2013, de 10 de Julio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Cuando en un contrato se prevea que, a menos que exista acuerdo para la adjudicación a un cotitular, la división del bien se lleve a cabo en ejecución de sentencia, se hará en **coordinación (o subordinación) al plan de liquidación** que se apruebe.

Es posible incluir un vehículo en la **actualización del plan de liquidación**, si en el pasado era imprescindible para llevar a cabo la actividad empresarial, pero en la actualidad no lo es.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El concursado, Sr. J.L.M., recurre en apelación el auto de fecha 8 de octubre de 2012, que acuerda la actualización o modificación del plan de liquidación de acuerdo con la propuesta presentada por la administración concursal en julio de 2012.

El recurso impugna dos pronunciamientos del auto: el relativo a la realización de la vivienda que pertenece por mitades indivisas al concursado y a su ex cónyuge, y el que incluye en la liquidación el vehículo Citroen C3 matrícula 3616 DGN.

SEGUNDO. 2. Los antecedentes que deben tenerse en cuenta son expuestos con claridad por la administración concursal (AC) en su escrito de oposición al recurso.

En síntesis, y en lo que respecta a la vivienda, al no haberse obtenido ofertas para la adquisición de la mitad indivisa del concursado, conforme a lo previsto en el primer plan de liquidación, la AC interpuso una demanda contra la Sra. C.M., ex cónyuge del concursado, ejercitando la acción de división de cosa común (incidente concursal nº 312/2010). Fue dictada sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010 que estimaba la pretensión y acordaba *“salvo acuerdo de las partes para su adjudicación a un cotitular interesado, su venta a un tercero, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 552.11 del Codi Civil de Catalunya, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, y todo ello siempre puesto en relación con lo preceptuado en el plan de liquidación aprobado judicialmente”*. Esta sentencia adquirió firmeza.

La AC solicitó la subasta judicial de la vivienda conforme a dicha sentencia y al plan de liquidación inicial. La subasta fue acordada y señalada por diligencia de 25 de enero de 2012. La representación de la Sra. C.M. presentó una oferta de adjudicación de la mitad indivisa del concursado ofreciendo la cantidad de 120.000 €. Esta oferta fue aceptada por el juzgado (auto de 2 de mayo de 2012), pero la Sra. C.M. no ingresó el precio en el plazo que al efecto se señaló.

En esta situación, el juzgado acordó que se procediera a la actualización del plan de liquidación por parte de la AC (providencia de 28 de junio de 2012).

En el nuevo plan se contempla la realización de la vivienda en ejecución de la sentencia que estimó la acción de división de la cosa común.

El auto apelado accede a la venta de la finca en su totalidad (y no únicamente de la mitad indivisa del concursado) en ejecución de dicha sentencia, de la que despacha ejecución, *“de conformidad con lo establecido en la LEC, todo ello en pieza separada de esta sección de liquidación”*.

Mediante auto de fecha 25 de octubre de 2012, en la pieza separada de ejecución de títulos judiciales 729/2012, se dicta orden general de ejecución y se despacha la misma en virtud de lo acordado en el auto de 8 de octubre de 2012 (el auto apelado), y seguidamente se dicta decreto que convoca a la AC, al concursado y a la Sra. C.M. a una comparecencia a los efectos de intentar llegar a un acuerdo para la adjudicación de la vivienda, acordando que en su defecto que se proceda a la venta por los trámites de la subasta de bienes inmuebles regulada en los arts. 655 y siguientes de la LEC.

3. El concursado se opone en su recurso a la realización de la integridad de la vivienda y solicita que la enajenación se limite a su mitad indivisa. Alega que, conforme a la sentencia de 16 de diciembre de 2010, que se remite a lo *“preceptuado en el plan de liquidación aprobado judicialmente”*, no cabe que dentro del plan de liquidación se contemple la venta de la totalidad de la vivienda, sino de la mitad indivisa que pertenece al concursado.

Además, denuncia que, tal como se ordena la liquidación en el auto apelado, se le ocasiona indefensión, ya que se ve privado del procedimiento de ejecución legalmente previsto.

TERCERO. 4. La enajenación de la mitad indivisa perteneciente al concursado fue la propuesta que contemplaba el inicial plan de liquidación, pero, como se ha dicho, esta forma de realización fracasó. El propio plan preveía que, de no ser posible la venta de la mitad indivisa, se procedería al ejercicio de la acción de división de la cosa común, que fue estimada por la sentencia de 16 de diciembre de 2010 (con la conformidad de la Sra. C.M.). **Este título judicial prevé que, a menos que exista acuerdo para la adjudicación a un cotitular, la división se lleve a cabo en ejecución de sentencia, de acuerdo con el procedimiento legalmente previsto, si bien siempre en coordinación (o subordinación) al plan de liquidación que se apruebe.**

El plan de liquidación aprobado, cuya actualización se hizo necesaria ante el tiempo transcurrido y en atención a la sentencia que estimaba la acción de división de la cosa común, no contradice aquel título judicial ejecutivo, el cual, a su vez, ya preveía la correspondencia o coordinación con el plan de liquidación. En todo caso, la sentencia, dictada en un incidente concursal, sería ejecutable en el seno del propio concurso, de modo que no es apreciable la infracción de ningún precepto (infracción legal que el recurso no llega a concretar) por la decisión judicial de proceder a la ejecución de la sentencia, de conformidad con lo establecido en la LEC, en pieza separada de la sección de liquidación, en la que tanto el concursado como la titular de la otra mitad indivisa podrán hacer valer sus derechos. Advertimos así mismo que la Sra. C.M. **no se ha opuesto a la aprobación de la actualización del plan (no ha recurrido), y no vemos qué interés pueda tener el concursado en imponer la enajenación, sólo, de su mitad indivisa, modalidad que en su día fracasó y que sin duda dificulta la existencia de ofertas de compra.**

Por último, la alegación de indefensión debe ser rechazada por su carácter genérico, ya que no se concreta en qué medida pueda causar indefensión al concursado la forma de realización que aprueba el auto apelado, en consonancia con el título ejecutivo que constituye aquella sentencia.

5. Añade el recurso, sobre el avalúo de la vivienda, que se infringe el art. 666 LEC, que ordena realizarlo de acuerdo con lo previsto en los arts. 637 y siguientes de la propia LEC, pues el auto apelado no menciona que así deba de hacerse.

La alegada infracción legal no ha llegado a producirse pues el auto se limita a remitirse al procedimiento establecido en la LEC, y en todo caso en decreto de fecha 26 de octubre de 2012 se acuerda proceder a la subasta por los trámites de los arts. 655 y siguientes de la LEC, a salvo el acuerdo de adjudicación entre las partes.

CUARTO. 6. El recurso impugna en segundo lugar que se haya incluido en el nuevo plan de liquidación el vehículo Citroen C3, que en su día fue excluido del plan inicial.

En el plan inicial la AC propuso que no se enajenara este vehículo por ser un elemento imprescindible para que el concursado pudiera seguir desarrollando su actividad laboral por cuenta ajena para la empresa SAHECO, lo cual convenía al interés del concurso.

En el plan actualizado, tres años después, se prevé la inclusión del vehículo porque la empresa SAHECO facilita al concursado un vehículo para el desempeño de su cometido laboral (la AC afirma que así le fue manifestado por el propio concursado).

El concursado alega que la AC no ha acreditado la modificación de las circunstancias. Sin embargo no niega que cuente con un vehículo facilitado por dicha empresa, y en cualquier caso es el concursado quien tiene la facilidad y disponibilidad probatoria para acreditar que precisa de su propio vehículo para desarrollar su trabajo y que la empresa no le proporciona otro vehículo.

7. Alega así mismo que no cabe incluir ahora un elemento que en el plan inicialmente aprobado, y confirmado por este tribunal, fue excluido.

El concursado apeló el auto que aprobó el plan inicial, pero este tribunal (por auto de 21 de enero de 2011), sin entrar en el fondo de los motivos, declaró mal admitido el recurso.

En todo caso, si las circunstancias consideradas en el año 2009 a la hora de proponer la liquidación de los activos han sufrido alteración tres años después, nada impide la actualización o modificación del plan en atención a las nuevas circunstancias.

QUINTO. 8. Desestimado el recurso deben imponerse las costas al apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 100/2013, de 17 de Julio de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Los bienes objeto de un arrendamiento financiero (**leasing**) pueden ser **incluidos en el plan de liquidación** siempre que estén afectos a una unidad productiva, y que antes de abrirse la liquidación, el arrendador financiero **no haya ejercitado** y prosperado su **derecho de separación** sobre dichos bienes.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Objeto de los recursos

1. Recurren en apelación contra el auto dictado por el juzgado mercantil aprobando el plan de liquidación en el concurso de ELAB. FER., S.A., así como contra el posterior auto complementándolo, tres de sus acreedores. Las razones que fundan la discrepancia son las siguientes:

A) En el caso de S. LEAS. Establecimiento Financiero de Crédito, S.A. (en adelante, S. LEAS.), porque se ha incluido en el plan, como activo a liquidar, la finca registral 12.361 que es objeto de un contrato de arrendamiento financiero suscrito entre la concursada y la apelante y otras entidades financieras. Entiende la recurrente que este bien debe ser excluido del plan de liquidación para incluir en el mismo exclusivamente el derecho de uso, que es lo único que ostenta la concursada.

B) En el caso de B. BANK, por tres motivos distintos:

- Incongruencia omisiva, ya que el juzgado ha dejado de pronunciarse sobre las observaciones efectuadas por su parte acerca de la venta separada de los bienes hipotecados.
- Por el hecho de que se haya fijado un precio techo para la venta de los bienes hipotecados, precio que está muy por debajo de las cargas hipotecarias.
- Por la indebida inclusión de la finca 12.361 como activo a liquidar, en los mismos términos vistos en el recurso de S. LEAS.

C) En el caso de BANCO E., S.A., hoy BANCO S., S.A., también por la indebida inclusión de la finca 12.361 en el plan de liquidación, así como por la inclusión de la siguiente maquinaria, que se encuentra en el interior del inmueble y sobre la que la concursada únicamente dispone de derecho de uso, por virtud de los contratos de leasing que tiene suscritos:

- Máquina pilotera modelo Schnell GTM 400/2000/16E.
- Grúa puente Birrail marca GH, modelo GHF, con número de fabricación B6635.
- Grúa puente Birrail marca GH, modelo GHF, con número de fabricación B6636.
- Puente grúa marca Industrias Electro mecánicas GH, S.A. adquirido con la factura núm. 16375.
- Puente grúa y sus accesorios marca Industrias Electro mecánicas GH, S.A. adquirido con la factura de 29 de noviembre de 2007.

SEGUNDO. Sobre la incongruencia omisiva

2. B. BANK alega, como primer motivo de su recurso, incongruencia omisiva, imputando a la resolución recurrida no haber dado respuesta a las observaciones planteadas por su parte al plan de liquidación acerca de la venta separada de los bienes hipotecados.

3. El AC se opone a este motivo alegando que la única observación formulada por B. BANK al plan de liquidación consistió en la solicitud de que la venta de los bienes se hiciera por subasta y que cualquier oferta de adquisición debía permitir satisfacer totalmente el crédito y el pago realizarse al contado. Sobre ello, se afirma, dio respuesta la resolución recurrida en su fundamento primero.

4. En realidad, el recurso de B. BANK no se refiere en este motivo del recurso a sus propias observaciones al plan sino a las formuladas por otras entidades bancarias (BANCO E., BANCO S. o C. BANK). Por consiguiente, no creemos que tenga legitimación para plantear ese motivo de recurso, cuyo planteamiento, en todo caso, hubiera correspondido a esas entidades, que no lo han formulado, razón por la cual estimamos que han entendido que la resolución recurrida (en su complemento) les dio respuesta adecuada.

TERCERO. Sobre el precio "techo"

5. El segundo motivo del recurso de B. BANK denuncia que se haya fijado un precio "techo" para la venta de los bienes hipotecados, precio que está muy por debajo de las cargas hipotecarias.

6. También en este caso se opone el AC alegando que B. BANK no formuló observación alguna en tal sentido y que no es cierto que el plan de liquidación haya fijado un precio "techo" sino que se ha limitado a señalar un valor de mercado de los bienes, lo que es conforme a lo establecido en el art. 82 LC y a los criterios fijados por los juzgados mercantiles de Cataluña en fecha 23 de marzo de 2011, en el sentido de que **para poder vender los activos de una sociedad como unidad productiva debe indicarse el valor actual correspondiente a cada uno de los bienes que la integran.**

7. También en este punto tiene razón el AC. Ni B. BANK hizo observación alguna en el sentido al que se refiere el recurso, lo que no le permite poder traer al mismo esta cuestión, que es nueva, y por ello inadmisibile (art. 456.1 LEC), ni tampoco tiene razón en el fondo. **Que se haya procedido a valorar en el plan de liquidación los bienes que integran el activo no significa que se esté colocando un precio**

techo que pueda obstaculizar la venta. Por otra parte, en el caso de que el bien sea objeto de liquidación formando parte de una unidad productiva, parece razonable que deba ser objeto de valoración separada para poder permitir dar efectividad a los acreedores con derecho preferente, como en el caso se afirma que ocurre.

CUARTO. Sobre la venta de bienes afectados por *leasing*

8. Las tres recurrentes coinciden en cuestionar el plan de liquidación porque incluye la venta de un bien inmueble que afirman que no es propiedad de la concursada, ya que se encuentra en régimen de arrendamiento financiero, de forma que lo procedente, estiman, es excluirlo del plan de liquidación para incluir exclusivamente el derecho de uso. Y añaden que el interés por vender la unidad productiva no permite soslayar los derechos de terceros propietarios de bienes sobre los que la concursada únicamente tiene derecho de uso.

BANCO E. (hoy, BANCO S.) también se refiere en su recurso a diversas máquinas que se encuentran en el interior del inmueble y sobre las que también afirma ostentar la propiedad y la concursada el uso, concretamente:

- Máquina pilotoera modelo Schnell GTM 400/2000/16E.
- Grúa puente Birrail marca GH, modelo GHF, con número de fabricación B6635.
- Grúa puente Birrail marca GH, modelo GHF, con número de fabricación B6636.
- Puente grúa marca Industrias Electro mecánicas GH, S.A. adquirido con la factura núm. 16375.
- Puente grúa y sus accesorios marca Industrias Electro Mecánicas GH, S.A. adquirido con la factura de 29 de noviembre de 2007.

9. El AC se opone al motivo argumentando que el plan aprobado no ha hecho otra cosa que aplicar los criterios aprobados por los Jueces de lo Mercantil de Cataluña en fecha 23 de marzo de 2011, de acuerdo con los cuales los bienes objeto de un arrendamiento financiero pueden ser incluidos en el plan de liquidación siempre que estén afectos a una unidad productiva, como en el caso ocurre. También expuso que las recurrentes no impugnaron el inventario elaborado, dentro del cual se encontraban los bienes que ahora pretenden que les pertenecen. Y respecto de la maquinaria afirma que el coste de su extracción de la fábrica es incluso superior al precio que podría obtenerse por su venta separada, lo que determina que la misma no resulte viable.

Valoración del tribunal

10. Es cierto que el tratamiento de los bienes que se encuentren en la masa y que se hallan afectos por contratos de arrendamiento financiero plantea muchas dudas en el concurso porque el legislador los trata a algunos efectos como bienes de la masa y a otros efectos les da el tratamiento de bienes ajenos a la masa sobre la que ésta únicamente ostenta derecho de uso. Ocurre lo primero en cuanto reconoce a los arrendadores financieros un privilegio que garantiza su crédito y que grava los bienes entregados a la concursada en régimen de "arrendamiento", dado que un derecho de ese tipo únicamente es conciliable con el implícito reconocimiento de la ajenidad del bien respecto de quien ostenta el privilegio. No es concebible atribuir privilegio sobre un bien propio sino únicamente sobre un bien ajeno, esto es, sobre un bien de la masa. En cambio, ocurre lo segundo cuando en el art. 82.5 LC expresa que únicamente se incluya en el inventario el derecho de uso respecto de aquellos bienes de propiedad ajena sobre los cuales el concursado únicamente ostente derecho de uso.

11. Ese trato dual, aplicado a bienes afectados por un mismo contrato no implica propiamente que el legislador se contradiga sino que ha intentado dar respuesta a la diversidad de situaciones en la que estos bienes se pueden encontrar en el concurso, diversidad que puede derivar del contenido de los contratos (muy heterogéneos entre sí) o de la actitud de las partes respecto de ellos. Así, y en cuanto a este último aspecto, no puede ser equiparable la situación del arrendador financiero que ha optado por insinuar en el concurso el crédito correspondiente a todas las cuotas pendientes de vencimiento, incluida la representativa del valor residual, que la del acreedor que no haya insinuado el crédito en esos términos. El primero resulta evidente que ha ejercitado la opción que el

propio contrato le concede y ha decidido decantarse por la acción de cumplimiento contractual en sus propios términos, **lo que lleva implícito la renuncia a la propiedad sobre el bien**, dado que la recuperación del bien únicamente le resulta posible caso de resolución del contrato y esa acción es incompatible con la de cumplimiento contractual (art. 1124 CC, así como en el contenido de los diversos contratos se suele plasmar ese mismo derecho de opción).

Por consiguiente, **lo trascendente** no es tanto la terminología usada en el contrato como el efectivo contenido del mismo, así como **los posteriores actos llevados a cabo por las partes, particularmente por parte del arrendador financiero, única parte a la que se suele atribuir en la mayor parte de los contratos de este tipo el ejercicio del derecho de opción**. De sus actos propios dependerá que deba considerarse el bien entregado en régimen de arrendamiento financiero como integrante de la masa o bien como un bien sobre el que la masa ostenta únicamente un mero derecho de uso, derecho que está sometido a las vicisitudes propias de un contrato con prestaciones periódicas y de una discutida y discutible naturaleza jurídica.

12. Es cierto que el arrendador financiero conserva durante la sustanciación del concurso el derecho de separación sobre los bienes afectados, aunque sometido a importantes límites y con un fundamento algo discutible, dado que el art. 80 LC no se extiende a los bienes sobre los cuales el concursado tenga el derecho de uso. No obstante, a través de lo previsto en el art. 56 LC podemos concluir que **el arrendador sigue conservando el derecho de separación en determinados supuestos, siempre que lo ejercite antes de la apertura de la fase liquidación, momento en el que ese derecho se pierde (art. 57.3 LC)**.

13. No compartimos con las recurrentes que el art. 57.3 LC no resulta de aplicación en el caso y que su aplicabilidad quede limitada a las ejecuciones de garantías reales, como puede sugerir su título ("Inicio o reanudación de ejecuciones de garantías reales"). No obstante, su contenido es evidente que **está referido a todas las acciones previstas en el artículo anterior, el art. 56, que no solo se refiere a las garantías reales sino también a las "acciones de recuperación asimiladas", entre ellas las "acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero" (apartado c/ del párrafo 2.º del apartado 1)**.

14. Por consiguiente, **si los arrendadores financieros no pueden ejercitar el derecho de separación una vez abierta la fase de liquidación, la conclusión no puede ser otra que la de que los bienes forman parte de la masa concursal**, pues en otro caso se daría lugar a situaciones que el ordenamiento jurídico no puede tutelar como la de atribuir un derecho de preferencia a algunos acreedores concursales sobre lo que se obtenga por la venta de unos bienes determinados y que los mismos no resulte posible realizarlos en el concurso para dar satisfacción a ese derecho. **De ello se deriva que tales bienes deban ser incluidos en el plan de liquidación, salvo que previamente se hubiera ejercitado y prosperado el derecho de separación que pueda ostentar sobre ellos el arrendador financiero**.

15. Esa conclusión es distinta a la que mantuvimos en nuestro anterior Auto de 28 de marzo de 2012 (JUR 2012/169401), en la que, de forma marginal, nos referimos a esta cuestión, que no era la esencial que el recurso planteaba, afirmando que lo que debía incluirse en el plan no eran los bienes, que pertenecían a las entidades financieras, sino el derecho de uso. Desconocemos cuáles eran las circunstancias concretas que podían contextualizar esas manifestaciones, si bien entendemos que esa idea no resulta de aplicación en el supuesto que ahora enjuiciamos porque no podemos sostener la idea de que los bienes entregados en arrendamiento financiero sean de la propiedad de las arrendadoras por el simple hecho de que tengan ese carácter.

En el supuesto que consideramos no consta que los acreedores financieros hayan ejercitado el referido derecho de separación antes de abrirse la liquidación, lo que significa que los bienes se encuentran correctamente incluidos en el plan de liquidación. Por consiguiente, los recursos no pueden prosperar.

QUINTO. Costas

16. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, que reenvía al art. 394 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al apreciar que el caso plantea dudas de derecho que creemos que han quedado argumentadas en el fundamento anterior.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 115/2013, de 25 de Septiembre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Cuando haya pasado un tiempo razonable, y no se haya aceptado por los acreedores ninguna propuesta de convenio, en virtud del artículo 143.1.2º LC, procederá de oficio la **apertura de la fase de liquidación**. No se podrá pedir la suspensión de esa apertura, sobre todo cuando el Juzgado haya ofrecido cuantiosas oportunidades a la sociedad concursada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. La concursada recurre en apelación frente al auto que determinó la apertura de la fase de liquidación por no haberse conseguido la aprobación de convenio. Como fundamento de su impugnación expone que el acreedor más importante, el Banco Santander, había vendido el crédito el día anterior al señalado para la junta de acreedores a un fondo de inversión americano (LLF7 Silverstone), hecho del que no tuvo conocimiento hasta el mismo día de la junta de acreedores, lo que le dejó sin posibilidad material de pactar convenio con el referido acreedor. Alega que solicitó antes de la celebración de la junta su suspensión, con el fin de tener la posibilidad de negociar con el referido acreedor, y el juzgado ni siquiera proveyó sobre tal petición.

El AC se opuso al recurso alegando que la solicitud de suspensión de la comparecencia señalada para aprobar el convenio no tenía fundamento legal alguno y que no fue la primera ocasión en que se solicitó sino que unos meses antes la parte hizo lo propio con idéntica alegación y consiguió en aquella ocasión su propósito, de forma que ya debía estar al corriente sobre la situación de su crédito.

SEGUNDO. La razón opuesta por la concursada no podía justificar que la junta señalada para la aprobación del convenio, tras otra suspensión anterior con el mismo propósito que la solicitud no atendida, se suspendiera también. **El art. 143.1.2.º LC determina que procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación cuando no se haya aceptado por los acreedores ninguna propuesta de convenio. Constatado que a la junta señalada, más de cuatro meses después de la apertura de la fase de convenio, no compareció ninguno de los acreedores, no puede pretender la concursada que el juzgado acceda a todas las solicitudes que formule de suspensión de la junta cuando las mismas no tienen ningún amparo legal y el procedimiento le ha ofrecido oportunidades más que razonables para que llegue a un acuerdo con sus acreedores sin que las mismas se hayan visto coronadas por el éxito.**

Por consiguiente, no podemos compartir que exista violación de los arts. 9 y 24 de la Constitución. Es al contrario, lo que hubiera supuesto una violación de los mismos es que el juzgado hubiera accedido a la petición formulada por la concursada.

TERCERO. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 122 / 2013, de 16 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Un auto debe impulsar el procedimiento de finalización de la fase común y **apertura de la liquidación**, una vez presentados por la AC los textos definitivos.

El **informe definitivo** a que se refiere el art. 96.4 LC ha de integrar únicamente las **modificaciones que procedan en el inventario**, en la lista de acreedores y en la exposición motivada del informe tras la decisión judicial de las impugnaciones formuladas, así como una **relación actualizada de los créditos contra la masa**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Resolvemos el recurso de apelación interpuesto por XU. MOB., S.L. contra el auto de fecha 19 de junio de 2012, que declara finalizada la fase común del concurso de GRU., S.L. y acuerda la apertura de la fase de liquidación (la apelación contra la sentencia dictada en el incidente nº 642/2011 ha sido objeto de tramitación en el referido incidente, de conformidad con la diligencia de ordenación de fecha 28 de septiembre de 2012).

2. La apelante impugna tales pronunciamientos del auto por considerar que infringen los arts. 98 y 75 LC (en la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 38/2011) ya que el "informe definitivo" presentado por la administración concursal (AC), en el trámite del art. 96.4 LC, no integra el contenido mínimo exigido por el art. 75 LC, pues se limita a exponer el resultado de los incidentes de impugnación planteados y adecuar el inventario y la lista de acreedores a la decisión judicial de tales impugnaciones, pero nada dice sobre el resto de previsiones que menciona el art 75 LC, en particular sobre la situación patrimonial del deudor y respecto de una posible acción de reintegración. Tales omisiones –concluye la apelante- determinan que los textos definitivos deben tenerse por no presentados, por lo que no puede acordarse la finalización de la fase común.

El recurso debe ser desestimado por las siguientes razones.

3. El auto apelado no infringe el **art. 98 LC** sino que se ajusta a sus previsiones al **impulsar el procedimiento de acuerdo con el trámite procedente (la finalización de la fase común y la apertura de la liquidación) una vez presentados por la AC los textos definitivos, de conformidad con lo dispuesto por dicho precepto en relación con el art. 142.1.2 LC.**

4. Tampoco infringe el art. 75 LC, que establece el contenido, estructura y documentos anexos (inventario y lista de acreedores) del informe que ha de presentar la AC de acuerdo con el art. 74. Este informe fue presentado en su día y distinto acto procesal es el **informe definitivo** ("textos definitivos") a que se refiere el art. 96.4 LC, que es complementario del anterior y que **no ha de integrar** el contenido que prevé el art. 75 LC, sino **únicamente las modificaciones que procedan en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada del informe tras la decisión judicial de las impugnaciones formuladas, así como una relación actualizada de los créditos contra la masa**. Y este contenido es observado en los textos definitivos presentados por la AC.

5. En cualquier caso, lo que la apelante pretende mediante el recurso de apelación contra el auto que abre la liquidación es la **impugnación del informe o textos definitivos, y esta impugnación, en los términos en que se plantea, no es permitida por la LC (sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 96 bis).**

6. Desestimado el recurso deben imponerse las costas al apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 143/2013, de 20 de Noviembre de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La LC no impone ningún condicionamiento a la petición de liquidación formulada por el deudor (art. 142 LC).

De hecho, obliga al juzgado a dictar el auto de **apertura de la liquidación** en el plazo preclusivo que el precepto indica, sin que pueda demorarse ni obstaculizarse mediante incidentes (impugnación de apertura de liquidación por no observar causas justificativas para la solicitud de concurso voluntario ni para la liquidación de la sociedad), que la LC no prevé y que se oponen claramente a la finalidad de la reforma (anticipación de la liquidación: tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El juzgado mercantil, tras la presentación por la administración concursal (AC) del inventario provisional de la masa activa, de conformidad con el artículo 191.1 de la Ley concursal (LC), acordó la apertura de la fase de liquidación del concurso, atendida la solicitud de liquidación formulada por el deudor y en aplicación del artículo 142.1 LC, en su redacción por la reforma de la Ley 38/2011.

Los trabajadores de P.M., S.L., don A.L.H. y don J.J.L.H. impugnan el auto de apertura de la liquidación.

2. No advertimos la falta de postulación que la AC achaca al recurso, ya que el artículo 184 LC, tras establecer (apartados 2 y 4) que el deudor y los interesados legítimos habrán de comparecer en el concurso con procurador y abogado, añade en el apartado 6, en su texto actual tras la Ley 38/2011: *"Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica."*

Procede, por tanto, examinar el recurso de apelación interpuesto.

3. Los apelantes sostienen que las alegaciones de la concursada, P.M., S.L., en su escrito inicial del procedimiento y, concretamente, las relativas a la situación de insolvencia inminente que iba a llevar al incumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa, por la inviabilidad de ésta, no se corresponden con la realidad de la compañía concursada.

En apoyo de su tesis aportan el informe pericial de un economista (ff. 39 y ss. del testimonio de actuaciones remitido a este tribunal). Según su título y su apartado de presentación, **el informe tiene por objeto el análisis de las causas justificativas de la solicitud de concurso voluntario de P.M., S.L.: verificar la existencia de las causas argumentadas por la empresa, a la vez que su incidencia en la necesidad de solicitar concurso de acreedores, teniendo en cuenta lo dispuesto en la LC sobre los presupuestos objetivos de la declaración de concurso de acreedores.**

A partir de la documentación que analiza (solicitud de la declaración de concurso, memoria de la historia jurídica y económica de la empresa, cuentas anuales auditadas correspondientes a los ejercicios de 2009, 2010 y 2011 y balance y cuenta de resultados de la sociedad, a 30 de noviembre de 2012), el Sr. perito concluye, **sobre la insolvencia inminente alegada en la solicitud de concurso: que las deudas son asumibles por el nivel de activo de que dispone la sociedad y que la mala calidad del endeudamiento puede provocar tensiones de tesorería** (en la medida que toda la deuda de la sociedad es con vencimiento inferior al año, P.M., S.L. puede tener dificultades para cumplir con los vencimientos del pasivo corriente), **pero la insolvencia es un estado evitable si se adoptan las medidas oportunas de flexibilización de costes fijos y de renegociación del endeudamiento bancario. En definitiva, no observa causas justificativas para la solicitud de concurso voluntario ni para la liquidación de la sociedad.**

4. El recurso no puede acogerse.

El artículo 142.1 LC dice actualmente: *"El deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación."* Como ponen de relieve los escritos de oposición al recurso, de la concursada y de la AC, **la LC no impone ningún condicionamiento a la petición de liquidación formulada por el deudor.**

La razón de la modificación del precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la expone el Preámbulo de la Ley. Conforme a su apartado IV, la ley pretende *"que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidades de garantizar su viabilidad y aumentar los costes. Para ello, se simplifica y agiliza el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado y ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio. La anticipación de la liquidación representa una importante novedad: se estructura de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso, lo que hace innecesaria la distinción entre liquidación ordinaria y liquidación anticipada y permite tramitar de manera más rápida aquellos concursos en los que el deudor solicite la liquidación en los primeros momentos."* Como observa la concursada, el concurso de P.M., S.L. fue declarado por el juzgado mediante auto de 30 de enero de 2013 que **ha devenido firme, al no haber sido impugnado por ninguno de los legitimados. No cabe ahora actuar contra la declaración de concurso.**

En la misma solicitud de concurso voluntario, P.M., S.L. había pedido la liquidación. Consideramos que el tenor del actual artículo 142.1 LC **obliga al juzgado a dictar el auto de apertura de la liquidación en el plazo preclusivo que el precepto indica, sin que pueda demorarse ni obstaculizarse mediante incidentes como el de autos, que la LC no prevé y que se oponen claramente a la finalidad de la reforma, expuesta en el texto legal.**

Por tanto, solo a mayor abundamiento añadiremos que, en el caso de autos, el propio informe aportado por los apelantes reconoce de manera expresa las dificultades previsibles de la sociedad concursada para cumplir con los vencimientos del pasivo corriente. Que el perito se incline por determinadas medidas para evitar la insolvencia (flexibilización de costes fijos y renegociación del endeudamiento bancario) no implica que ésa sea la mejor solución ni, sobre todo, que deba ser la solución por la que deba optar la sociedad concursada.

Por ello, debemos desestimar el recurso de apelación.

5. Pese a la desestimación del recurso de apelación, las dudas que puede generar la novedad del precepto y la correlativa ausencia de criterios consolidados sobre su interpretación, determina que no se impongán las costas de la segunda instancia.

Capítulo 9.- Calificación.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 264/2012, de 18 de julio de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: En la calificación de un concurso como culpable, no eximirá al administrador social del **deber de colaboración**, encontrarse fuera del país, por un periodo dilatado. Asimismo, no hacer constar cuentas corrientes del concursado (excepto si son de escasa cuantía), o no advertir en la solicitud la existencia de deudas con la AEAT, serán motivos suficientes para incurrir en la culpabilidad del concurso (Art. 164.2.2º LC).

FONAMENTS DE DRET

1. La societat concursada, INF. F. ELECT., S.L. i l'administrador Sr. C.F.A. apel·len contra la sentència del jutjat, dictada en la Secció de qualificació del concurs, i sol·liciten que es declari el concurs fortuït amb tots els pronunciaments favorables per a l'administrador, per no donar-se els supòsits de concurs culpable previstos en els articles 165.2 i 164.2.2 LC.

La sentència impugnada havia acollit la tesi de l'administració concursal (en endavant, AC) i del Ministeri fiscal i havia considerat el concurs culpable, amb dos fonaments concurrents:

1) La norma general de l'article 164.1 LC, en relació amb la presumpció *iuris tantum* (que admet prova en contra) de l'article 165.2 LC, incompliment del deure de col·laboració.

2) La presumpció *iuris et de iure* (que no admet prova en contra) de l'article 164.2.2 LC, inexactitud greu en els documents acompanyats a la sol·licitud de declaració de concurs.

2. D'acord amb el primer fonament de culpabilitat (articles 164.1 i 165.2 LC), en allò que interessa en aquest cas, el concurs es qualificarà com a culpable quan en la generació o l'agravació de l'estat d'insolvència hagués mediat dol o culpa greu del deutor i, en cas de persona jurídica, dels administradors. L'article 165.2 presumeix el dol o culpa greu quan el deutor hagués incomplert el deure de col·laboració

amb el jutge del concurs i l'AC o no els hagués facilitat la informació necessària o convenient per a l'interès del concurs.

Cal recordar, com ho fa el jutge, el tenor dels articles 42 i 45 de la LC. L'article 42 LC estableix que el deutor té el deure de comparèixer personalment davant el jutjat mercantil i davant l'AC tantes vegades com sigui requerit i el de col·laborar i informar en tot el que sigui necessari o convenient per a l'interès del concurs. La norma afegeix que, quan el deutor sigui persona jurídica, aquests deures incumbiran als administradors o liquidadors i a aquells que hagin desenvolupat aquests càrrecs dins dels dos anys anteriors a la declaració del concurs.

L'article 45.1 LC, per la seva banda, disposa que el deutor posarà a disposició de l'AC els llibres de tinença obligatòria i qualssevol altres llibres, documents i registres relatius als aspectes patrimonials de l'activitat professional o empresarial.

3. L'informe de qualificació elaborat per l'AC manifestava que el nivell de col·laboració de la concursada no havia estat adequat ni correcte, sinó totalment insuficient al llarg de la tramitació del procediment concursal. A continuació, l'AC exposava les dades concretes que, al seu criteri, palesaven aquell dèficit de col·laboració.

Es referia, en primer lloc, al fet que l'administrador Sr. Font ja no va assistir a la primera reunió de l'AC amb el lletrat de la concursada, el dia 11 de maig de 2009, de manera que l'AC no li va poder lliurar les instruccions bàsiques d'actuació en un procediment concursal, en el qual el deutor conservava les facultats d'administració i disposició sobre el patrimoni. Aquelles instruccions no van poder ser entregades fins set mesos després de la declaració de concurs, el 19 de novembre de 2009, quan el Sr. Font va ser requerit pel Jutjat Mercantil a una compareixença que es va celebrar en el mateix jutjat.

La dada ha quedat establerta en el judici, per admissió del Sr. Font, i ha estat considerada a la sentència impugnada. **Encara que el recurrent vulgui justificar l'absència tot afirmant que en aquelles dates - com diu en l'oposició a l'informe de l'AC- es trobava residint a Mèxic, el cert és que no va comparèixer personalment davant l'AC fins set mesos més tard, en virtut d'un requeriment que li va adreçar el jutjat mercantil.** No és això el que preveu l'article 42.1 LC, abans transcrit.

4. La sentència del jutjat es refereix, a continuació, a l'incompliment per part del Sr. Font de l'aportació de la documentació demanada per l'AC i al fet que també va ser necessari un requeriment del jutjat, acordat per provisió de 31 de juliol de 2009, per l'efectivitat de l'aportació. L'AC havia indicat quins eren els documents entregats a 19 de maig de 2009 (escassament, un balanç de pèrdues i guanys -d'un full- de l'exercici 2009, un balanç de sumes i saldos -de cinc pàgines- de gener a abril i de gener a maig de 2009 i una fixa comptable de l'estoc del magatzem) i exposava que no s'havien entregat els requerits l'11 de maig de 2009.

El recurs de la concursada i de l'administrador Sr. Font sosté que es va aportar tota la documentació requerida. Ara bé, omet indicar que, tal com resulta de la còpia del document aportat amb la demanda incidental, no es va aportar a l'AC el mes de maig de 2009, sinó que, com aprecia el Sr. magistrat, va haver de ser objecte de requeriment específic, de 31 de juliol de 2009, del jutjat mercantil, al qual no es va entregar fins al dia 8 d'octubre de 2009 (el concurs s'havia sol·licitat el 27 de març de 2009). L'informe de l'AC conté una relació detallada de sol·licituds de documentació que no van ser ateses per la concursada, la qual, en el recurs d'apel·lació ni tan sols hi fa referència. Per tant, s'ha de rebutjar el recurs pel que fa a l'article 165.2 LC, que considerem degudament aplicat en la sentència del jutjat mercantil.

5. Els recurrents també impugnen l'apreciació pel jutge -i abans, per l'AC i el Ministeri fiscal- del supòsit de l'article 164.2.2 LC, en el primer incís, conformement amb el qual, en tot cas, el concurs es qualificarà culpable quan el deutor hagués comès inexactitud greu en qualsevol dels documents acompanyats a la sol·licitud de declaració de concurs o presentats durant la tramitació del procediment.

El Sr. magistrat considera, en concret, dues inexactituds que exposa l'informe de l'AC. La primera es la relativa a **cinc comptes corrents de titularitat de la concursada que no es van fer constar per la companyia en l'inventari de béns i drets aportat** com a document número 2 amb la sol·licitud de concurs, ni en la reunió d'11 de maig de 2009 amb el Sr. lletrat de la concursada, ni més endavant, fins que l'AC va sol·licitar l'arxiu del concurs per falta d'actius. És cert, però, que, **els saldos d'aquests comptes**, segons s'afirma a la demanda incidental i no s'ha qüestionat, **eren de quantia poc elevada** (39,77 euros, 12,66 euros, 76,75 euros, 951,86 euros i 4.665,75 euros), **per la qual cosa es podria qüestionar la gravetat de la inexactitud i la proporcionalitat de l'efecte de declaració de culpabilitat**.

Però, al costat d'aquesta omissió, n'hi ha una altra més greu, relativa al deute amb l'Agència Tributària quantificat finalment en 1.197.047,36 euros, per impagament de l'IVA dels exercicis 2001 a 2003. **El jutge admet expressament que en el moment de sol·licitar el concurs (27 de març de 2009), aquest deute tributari no s'hagués liquidat totalment, però considera mancat de qualsevol justificació que no se'n fes cap esment en la documentació acompanyada amb la demanda de concurs**. Hem de compartir aquesta valoració. Amb la demanda incidental de la concursada i l'administrador Sr. Carlos Font, s'adjunta la primera pàgina de la còpia de l'acta de disconformitat de la Inspecció d'Hisenda de l'Estat, pel concepte d'IVA de 2003 de la societat INF. F. ELECT., S.L. Hi consta que la data d'inici de les actuacions va ser el 14 d'abril de 2005; hi consten les dates d'actuacions posteriors com a motius de dilació del procediment, inclosa una sol·licitud d'ajornament datada a 3 de febrer de 2009 –un mes anterior a la sol·licitud de concurs-, finalitzada el 26 de maig de 2009 –un mes després de la declaració de concurs, el 20 d'abril de 2009-, amb la indicació literal "*comparece puesta de manifiesto*".

Ratificada l'aplicació de l'article 164.2.2. LC efectuada pel jutge mercantil, s'ha de confirmar íntegrament la sentència i desestimar el recurs d'apel·lació.

6. La desestimació del recurs comporta la imposició de les costes de la segona instància a la part apel·lant (articles 398.1 i 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil, per remissió de l'article 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia 278/2012, de 25 de Julio de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La ausencia de documentos que deben servir de apoyo a la contabilidad, así como la falta de correspondencia entre los documentos analizados y las partidas asentadas, son implican la concurrencia del artículo 164.2.1º LC. No sirven **referencias genéricas al libro diario**.

FONAMENTS DE DRET

1. Tal com exposa la sentència impugnada, l'administració concursal (en endavant, AC) i el Ministeri fiscal fonamentaven la qualificació del concurs de SAB. PROM., S.L. com a culpable, en el tipus genèric de l'article 164.1 de la Llei concursal (LC), de dol o culpa greu en la generació o agreujament de la situació d'insolvència. Entenien que aquesta actuació havia de presumir-se, a partir de: i) l'incompliment substancial de l'obligació de portar la comptabilitat (article 164.2.1r LC) i ii) l'incompliment del deure de col·laboració (article 165.2n LC). L'AC afegia, com a actuació concreta que havia agreujat la insolvència, la conducta de la concursada en relació amb un determinat expedient sancionador obert per l'Agència Tributària per deducció de quotes de l'IVA.

2. El Sr. magistrat va apreciar la primera de les causes de culpabilitat invocades, de l'article 164.2.1r LC. La sentència es refereix a un primer incompliment, formal però rellevant, del **deure de portar**

la comptabilitat degudament legalitzada: no ho estava la comptabilitat de la concursada ni els llibres es van portar a legalitzar abans de ser utilitzats, com exigeix l'article 27 del Codi de comerç (Ccom).

La sentència del jutjat tracta, a continuació, de les irregularitats de fons denunciades per l'AC -no rebatudes per la concursada- les quals, d'acord amb l'informe de l'AC, impedièn conèixer la situació patrimonial de SAB. PROM., S.L..

El jutge va entendre que **no es donava l'altra causa, d'incompliment del deure de col·laboració**, de l'article 165.2n LC, ja que els requeriments de l'AC havien estat atesos i la mateixa AC admetia que la **falta d'explicacions podia obeir a la impossibilitat d'oferir aclariments per la magnitud de les irregularitats de la comptabilitat**. I atesa la presència del tipus de l'article 164.2.1r LC, el jutge mercantil no va considerar necessari valorar l'actuació concreta relativa a l'expedient de l'Agència Tributària.

3. La societat concursada, SAB. PROM., S.L. apel·la contra la sentència del jutjat, dictada en aquesta secció de qualificació del concurs i sol·licita que es declari el concurs fortuït. Amb aquest objecte, efectua una nova anàlisi de les anotacions comptables que l'AC considera no justificades i que recull la sentència del jutjat en el fonament de dret 4t.

4. Abans que res, convé recordar el tenor de les normes legals aplicades. L'article 164.1 LC estableix que el concurs es qualificarà com a culpable quan en la generació o l'agreuament de l'estat d'insolvència hagués mediat dol o culpa greu del deutor i, en cas de persona jurídica, dels administradors o liquidadors, de dret o de fet.

Conformement amb l'apartat 2 del mateix article 164 LC, en tot cas, el concurs es qualificarà com a culpable quan concorri qualsevol dels supòsits següents: 1r. Quan el deutor obligat legalment a portar comptabilitat incomplís substancialment aquesta obligació, portés doble comptabilitat o hagués comès en la comptabilitat que portés una irregularitat rellevant per comprendre la situació patrimonial o financera.

5. A partir de l'informe de l'AC, de l'informe del Ministeri fiscal i de l'examen de les actuacions, el jutge mercantil va concloure que la concursada va fer lliurament dels llibres oficials i, formalment, complia el deure legal, però ni els llibres estaven legalitzats ni reflectien adequadament els fets comptables ni permetien conèixer la situació patrimonial de l'empresa. El jutge puntualitzava que **el fet que la comptabilitat coincidis amb els comptes anuals no exonerava la concursada, atès que el que es denunciava era l'absència dels documents que havien de servir de suport a la comptabilitat i la falta de correspondència entre els documents analitzats i les partides assentades**.

6. El recurs d'apel·lació de la concursada se separa de la sistemàtica i del contingut de l'escrit d'oposició a la qualificació que va presentar davant del jutjat. En l'escrit d'oposició, tal com exposa la sentència impugnada, SAB. PROM., S.L. va rebutjar el fet que l'AC analitzés la comptabilitat de la concursada amb atenció especial a determinat compte corrent bancari, en lloc de limitar l'anàlisi als "documents comptables oficials". La concursada al·legava que això generava un enfocament erroni dels fets que constitueixen les irregularitats comptables. Insistia en l'al·legació, efectuada en contestar un dels requeriments adreçats per l'AC, que es tractava d'un compte amb una finalitat merament operativa o instrumental del grup de societats, un compte "pont" per operacions amb les societats vinculades, amb moviments destinats a ser regularitzats en les comptabilitats de cada societat del grup.

Al mateix temps, la societat concursada qüestionava el valor probatori de l'extracte del compte referit i manifestava ignorar quina entitat bancària l'havia emès. L'informe de l'AC havia afirmat obertament que es tractava d'una documentació facilitada per Caixa Penedès, on estava el compte, i SAB. PROM., S.L. en cap moment ha desvirtuat la fidelitat de les anotacions que consten en el compte corrent ni ha sostingut que estigués en una altra entitat, qüestió, d'altra banda, poc significativa per a la matèria en examen.

Com observava el jutge mercantil, **en contrast amb el rigor de l'AC, que havia enumerat fins a 162 apunts d'un compte, reflectits en l'extracte bancari i no assentats en la comptabilitat, la concursada, en l'escrit d'oposició s'havia limitat a efectuar desqualificacions genèriques -arribant a afirmar que l'AC no havia trobat res, perquè no havia cercat res- i a remetre's al que resulta del llibre diari**.

7. En el recurs d'apel·lació, en canvi, la recurrent pren com a base els documents 4 i 5 de l'escrit de qualificació de l'AC i entra a examinar les anotacions comptables que l'AC considera no justificades i que recull, en bona mesura, la sentència del jutjat. Com s'ha dit, en l'oposició a la qualificació, SAB. PROM., S.L. no va examinar els apunts (162) continguts en la relació confegida per l'AC. **El fet que, en l'apel·lació, entri a examinar-los, no un per un, però sí en grups, podria comportar un canvi d'al·legacions incompatible amb la finalitat revisora de la segona instància, ja que impediria un debat adequat amb el risc conseqüent d'indefensió de la part contrària.**

Ara bé, l'AC reconeix que les dades aportades en el recurs no s'introdueixen per primer cop en el procediment, sinó que, en realitat, reiteren les al·legacions que la concursada ja havia fet com a contestació als requeriments d'informació que li havia adreçat l'AC des de l'inici del concurs. Per tant, no hi ha obstacle que impedeixi tenir en compte les al·legacions del recurs. Ara bé, com afirma l'AC, **es tracta de puntualitzacions que ja van ser considerades per l'AC en elaborar l'informe de qualificació, el qual adjuntava el contingut dels diversos requeriments, primer directes i després judicials, adreçats per l'AC a la concursada i la resposta de la concursada.**

8. Aquestes al·legacions de la concursada també van ser valorades pel jutge mercantil, tal com es desprèn de la sentència. El jutge exposa que, a partir dels moviments comptables facilitats per Caixa Penedès en relació amb un compte obert per la concursada i davant la falta de coherència amb els assentaments comptables, l'AC va formular un requeriment extrajudicial a la concursada, el qual va ser contestat el 16 de juliol de 2008. La concursada es va limitar a afirmar aleshores, sense cap explicació vàlida, que el compte tenia aquella finalitat instrumental. Així resulta, efectivament, del document número 3, al f. 619 de les actuacions.

Va haver-hi un nou requeriment de l'AC, instat el 30 de setembre de 2008, pel qual l'AC va demanar a la concursada –ara mitjançant el jutjat mercantil- aclariments sobre 162 moviments del compte bancari referit (f. 621 i ss.). La concursada el va respondre el 19 de novembre de 2008, però, tal com exposa el Sr. magistrat, no va donar-ne una explicació satisfactòria (f. 629 i ss.). Com resumeix el jutge, en alguns casos, els justificants d'entrada i sortida no coincidien amb els moviments. L'AC quantificava les diferències en 48.947,38 euros; 29 apunts de l'extracte bancari estaven pendents de comptabilitzar, per un import total de 110.124,15 euros; pel que fa a 103 moviments, per un import total de 994.205,34 euros, la concursada va donar com a explicació que eren "imports pendents de la regularització a final d'any per aportacions de F. M." –aquest últim, un dels codemandats.

Segons l'AC, **entre les quantitats pendents de comptabilització i les partides pendents de regularitzar es detectaven diferències superiors a 1 milió d'euros d'entre la mostra de 3,2 milions d'euros presa entre els moviments bancaris i la comptabilitat.**

Va haver-hi nous requeriments a la concursada per tal que aportés el detall, la justificació i la procedència de les operacions, per verificar si corresponien a SAB. PROM., S.L. o bé a les companyies del grup al qual pertany. La concursada es va limitar a identificar les factures sense les dades que permetessin la verificació.

No correspon a aquesta sentència l'examen un per un dels 162 apunts respecte dels quals l'AC –i el jutge mercantil- ha palesat les discordances comptables. N'hi ha prou amb constatar que **el recurs, sense desvirtuar les conclusions establertes en la primera instància, admet expressament que hi ha quantitats pendents de comptabilitzar (per 18.703,94 euros) i quantitats pendents de regularitzar (58.021,41 euros) i insisteix en la correcció d'apunts que són clarament discordants.** Com a mostra, el primer dels assentaments relacionats en els diferents escrits: el xec per 20.707,68 euros de 4 d'abril de 2007. El recurs diu que l'import és una "entrega a compte de la factura 33.007,44 €" (*sic*). Es refereix a la factura que aporta amb la indicació "apunt 1", la qual consta al f. 633 (factura número 7001, tot i que amb aquest mateix número de factura s'hi van aportar d'altres per altres imports). Ara bé, aquesta factura, sota l'epígraf pendent encara d'explicació concreta "comisiones por venta de solar a Balsareny", importa, en total, 23.007,44 euros, import diferent de l'apunt de referència.

No desvirtuades, pel que s'exposa, les consideracions de la sentència, hem de desestimar el recurs d'apel·lació i confirmar la decisió del jutjat.

9. La desestimació del recurs comporta la imposició de les costes de la segona instància a la part apel·lant (articles 398.1 i 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil, per remissió de l'article 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia 284/2012, de 26 de Julio de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: **Concurso culpable por dejar de llevar la contabilidad.** Cuando se presenta un concurso, la contabilidad ha de estar perfectamente actualizada para que la AC pueda comprobar las operaciones realizadas y se pueda valorar el comportamiento y responsabilidad de los administradores. **No haber tenido actividad económica no es motivo para dejar de llevar la contabilidad.**

FONAMENTS DE DRET

1. L'informe de l'administració concursal (en endavant, AC) sobre els fets rellevants per a la qualificació contenia la proposta de qualificació del concurs de SEVI., S.L. com a culpable i indicava com a persones afectades per la qualificació els administradors de la concursada Sr. P.S.G. i Sr. F.P.P.. Els preceptes en els quals ho fonamentava són els següents:

1. Article 164.1 LC, per agreujament de l'estat d'insolvència.
 2. Article 164.2.1r LC, per irregularitat greu rellevant per la comprensió de la situació patrimonial o financera de la concursada.
 3. Article 164.2.2n LC, per inexactitud greu en els documents acompanyats a la sol·licitud de declaració de concurs o presentats durant la tramitació del procediment.
- El Ministeri fiscal va adherir-se a la proposta de qualificació de l'AC.

2. El Sr. jutge mercantil exposava que no havia pogut identificar els fets concrets en els quals el prolix informe de l'AC sustentava les causes de l'article 164.1 i 164.2.2n LC i que, per tant, havia de rebutjar la qualificació amb aquella base.

Per aquesta raó, examinava la causa de culpabilitat prevista en l'article 164.2.1 LC, conformement amb el qual, **en tot cas, el concurs es qualificarà com a culpable quan el deutor obligat legalment a la tinença de comptabilitat incomplís substancialment aquesta obligació, portés doble comptabilitat o hagués comès en la comptabilitat que portés una irregularitat rellevant per a la comprensió de la seva situació patrimonial o financera.**

El Sr. magistrat començava per recordar el contingut de l'article 25 del Codi de comerç, que estableix el deure de l'empresari de portar una comptabilitat ordenada, adequada a l'activitat de l'empresa que permeti un seguiment cronològic de totes les operacions i el deure d'elaboració periòdica de balanços i inventaris.

En la sentència s'exposa que **la concursada, SEVI., S.L., havia deixat de portar comptabilitat** el mes de juny de 2008 i havia presentat el concurs el novembre de 2008. Havia infringit així el deure legal de portar comptabilitat, la qual cosa havia de determinar la qualificació de culpabilitat del concurs. El Sr. magistrat argumentava –i aquest tribunal ho ha de compartir– que **quan es presenta un concurs, la comptabilitat ha d'estar perfectament actualitzada amb la finalitat que l'administració del concurs pugui comprovar les operacions realitzades i es pugui valorar el comportament i la responsabilitat dels administradors.** Altrament, aquesta valoració és impossible.

3. La societat concursada, SEVI., S.L., i els administradors solidaris Sr. P. S. i Sr. F. P. apel·len contra la sentència del jutjat i sol·liciten que es declari el concurs fortuït. L'escrit de recurs, però, sembla

més una nova oposició a la qualificació efectuada per l'AC que una impugnació dels fonaments de fet i de dret de la sentència impugnada.

Els apel·lants al·leguen que, fins al 30 de juny de 2008, la societat ha portat la comptabilitat ajustada a les normes legals i que, a partir d'aquella data no s'ha produït cap moviment en la comptabilitat de l'empresa, perquè no ha tingut cap activitat. Admeten, per tant, el fet en el qual la sentència del jutjat fonamenta la declaració de concurs culpable: que **no hi ha cap comptabilitat des de juny a novembre de 2008**.

Els recurrents també afirmen que no tenien creditors ni havien rebut cap requeriment ni cap reclamació judicial ni extrajudicial. Ara bé, no desvirtuen de cap manera la relació de creditors que apareix a l'informe de l'AC, dotze creditors concursals, per un import total de 180.534,70 euros de crèdits ordinaris; un crèdit amb privilegi general de 42,37 euros i crèdits subordinats per 71.494,80 euros.

En el recurs s'afirma que s'hauria d'haver cursat la baixa a la Hisenda Pública, però que no haver-ho fet no pot motivar la sanció que s'imposa, ja que no hi ha hagut perjudici per a ningú ni ho ha pogut motivar l'AC. S'afegeix que no és certa l'afirmació de l'AC que els comptes bancaris no reflecteixen l'estat real de la companyia i que, tot i que s'ha interposat una querrela contra la concursada, no hi ha encara cap sentència penal que desvirtui la presumpció d'innocència. Cal insistir, però, en el fet que totes aquestes al·legacions del recurs no contradiuen les dades tingudes en compte en la sentència del jutjat per declarar el concurs culpable.

Finalment, els apel·lants neguen que no hagin col·laborat amb l'AC, perquè, si bé admeten que no han facilitat els comptes anuals de 2007, afirmen haver entregat els majors de 2007 i 2008. Cal recordar que no ha estat l'incompliment del deure de col·laboració amb el jutge del concurs i l'AC (previst en l'article 165.2n LC com a presumpció de dol o culpa greu, tret de prova en contra) el que ha motivat la qualificació del jutge en el cas examinat.

En definitiva, les al·legacions del recurs d'apel·lació no desvirtuen en cap mesura la fonamentació fàctica i jurídica de **la qualificació impugnada**, la qual, en conseqüència, **s'ha de confirmar**.

4. La desestimació del recurs comporta la imposició de les costes de la segona instància a la part apel·lant (articles 398.1 i 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil, per remissió de l'article 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 297/2012, de 19 de Septiembre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: No formulada oposición al informe del AC que expone la absoluta falta de colaboración de la concursada y de su administrador con el administrador concursal y la falta de contabilidad correspondiente a los tres últimos años, el juzgado debe proceder a dictar sentencia conforme a la calificación realizada por el administrador concursal en su informe y el Ministerio Fiscal en su dictamen. (art. 171.2 LC).

Ante **la falta de oposición**, la resolución judicial debe acoger el criterio que el administrador concursal expresa en su informe, respecto de la calificación culpable del concurso así como también respecto de las personas afectadas por la calificación y la solicitud de responsabilidad concursal.

Si la concursada ni su administrador discuten el informe cuando tienen la ocasión de hacerlo, el recurso de apelación no es trámite adecuado para introducir esa cuestión por vez primera en el proceso.

Los arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL, no guardan relación alguna con la responsabilidad

concurstal que se ha declarado, que aparece regulada en la propia Ley Concursal, concretamente en su art. 172, y actualmente también en el art. 172-bis.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de H.E.F., S.A., considerando como persona afectada por tal calificación a J.V.C., a la vez que dispuso que el mismo resultara inhabilitado para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de cinco años y condenó al referido administrador a pagar a la masa la cantidad de 967.869,07 euros en concepto de responsabilidad concursal.

2. El recurso del Sr. J.V.C. se basa en que la sentencia fundamenta su condena en el art. 164 LC de forma escueta y sin justificación, razón por la que no le resulta posible contradecir los argumentos que han llevado al Juzgado Mercantil a condenarle. En opinión del recurrente, el hecho de no haber formulado alegaciones por su parte no eximía a quienes han interesado la declaración de culpabilidad y la extensión de los efectos del concurso a su persona de probar los hechos que la fundan. También expuso que el art. 262.5 y 105 LSRL limita la responsabilidad de los administradores a las obligaciones contraídas tras concurrir la causa legal de disolución (*sic*). Por fin alegó que cuando menos existen dudas más que razonables de la responsabilidad del Sr. J.V.C., pues mientras ejerció su cargo la sociedad funcionaba correctamente.

3. Por consiguiente, aunque en el suplico del recurso se solicite la modificación de la calificación de culpable por la de fortuito, al no exponerse en el cuerpo del recurso ningún motivo concreto de impugnación de la calificación, entendemos que en realidad el recurrente únicamente ha cuestionado los pronunciamientos que personalmente le incumbían, esto es, la consideración como persona afectada por la calificación y la condena a la acción de responsabilidad, únicos pronunciamientos que podemos juzgar concernidos por la muy escueta fundamentación del recurso.

SEGUNDO. 4. No le falta razón al recurrente cuando afirma que la resolución recurrida no ha justificado de forma detallada las razones por las que se le considera persona afectada por la calificación culpable y, particularmente, por las que se le condenó a pagar a la masa el déficit por importe de 967.869,07 euros. Lo que ocurre es que el juzgado **no tenía nada que justificar porque no existió oposición por su parte o por parte de la concursada que justificara la apertura de un incidente contradictorio. Por consiguiente, no formulada oposición, el juzgado procedió como ordena el art. 171.2 LC, esto es, a dictar sentencia conforme a la calificación realizada por el administrador concursal en su informe y el Ministerio Fiscal en su dictamen.**

5. En definitiva, **ante la falta de oposición, la resolución judicial impugnada no hace otra cosa que acoger el criterio que el administrador concursal expresa en su informe, no solo respecto de la calificación culpable del concurso sino también respecto de los demás particulares, esto es, la consideración de personas afectadas por la calificación y la solicitud de responsabilidad concursal.** Ese proceder es correcto porque el informe del administrador concursal no es una simple demanda sino que va más allá, al menos cuando no existe oposición, e integra una verdadera propuesta de calificación que el juzgado debe acoger cuando no ha existido oposición. Por consiguiente, **se trata de un acto de naturaleza cuasi jurisdiccional asimilable en muchos sentidos a la lista de acreedores formulada por la propia administración concursal que acompaña al informe que se presenta en la fase común.**

6. Por consiguiente, no podemos decir que no se encuentre realmente justificada la sentencia de calificación sino que lo que ocurre es que **la resolución recurrida ha hecho suya la justificación incorporada al informe del administrador concursal y que ni la concursada ni su administrador discutieron cuando tuvieron la ocasión de hacerlo.**

El administrador concursal expresa en su informe que se produjo una **absoluta falta de colaboración por parte del administrador de la sociedad que le impidió tener acceso alguno a los libros, registros y documentos contables de la concursada**. También expresa que **la sociedad no presentó cuentas durante los tres años anteriores a la declaración del concurso, razón por la que había incurrido en las presunciones de culpabilidad de los arts. 165.1, 165.2 y 165.3 LC**. También expresó que **no constaba otro administrador de la sociedad que el Sr. J.V.C., a quien solicitó que se considerara persona afectada por la calificación y que se encontraba en paradero desconocido**.

Por lo tanto, y no cuestionado ninguno de esos hechos, ni antes de dictarse la sentencia ni siquiera en el recurso de apelación, debemos considerar que está **debidamente justificada la calificación del concurso culpable, la consideración del Sr. J.V.C. como persona afectada y la condena del mismo tanto a inhabilitación como a las responsabilidades de que fue objeto en la resolución recurrida**.

TERCERO. 7. Los arts. 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL, normas que el recurso invoca para justificar la ausencia de responsabilidad del administrador, no guardan relación alguna con la responsabilidad concursal que se ha declarado, que aparece regulada en la propia Ley Concursal, concretamente en su art. 172, y actualmente también en el art. 172-bis. No se han ejercitado aquellas acciones ni podrían haberse ejercitado en el seno de un proceso concursal, razón por la que no es procedente examinar si la deuda imputada al administrador es de fecha anterior o posterior al momento en el que concurría la causa legal de disolución.

8. Por otra parte, la alegación de que las deudas corresponden a obligaciones ulteriores a haber cesado en el cargo el Sr. J.V.C. es una alegación sin otro contenido que el de una mera invocación general, carente de hechos que la justifiquen. Omite el recurrente afirmar cuándo cesó de forma efectiva en el cargo y cuál es la fecha de las obligaciones cuya responsabilidad se le ha imputado, de forma que poco hay a lo que podamos dar respuesta.

9. Caso de existir dudas sobre la responsabilidad del Sr. J.V.C., como afirma en su recurso, lo que debería haber hecho es cuestionar la propuesta de calificación realizada por el administrador concursal en su informe, supuesto en el que, de forma contradictoria, se habría podido examinar esa cuestión. El recurso de apelación no es trámite adecuado para introducir esa cuestión por vez primera en el proceso.

A partir de los datos de hecho que se conocen en el proceso, esto es, **la absoluta falta de colaboración de la concursada y de su administrador con el administrador concursal y la falta de contabilidad correspondiente a los tres últimos años, debemos concluir que no existen dudas sobre la responsabilidad del administrador social por el descubierto que el administrador concursal afirma que ha podido constatar en las cuentas de la concursada**.

CUARTO. 10. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 300/2012, de 20 de Septiembre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: **La falta de legalización de los libros** no puede constituir por sí sola el incumplimiento sustancial del deber de llevar contabilidad que el artículo 164.2.1º LC presume, *iuris et de iure*, como revelador de concurso culpable. Se trata de un incumplimiento de naturaleza formal que, si no tiene trascendencia frente a terceros y no impide conocer la verdadera situación patrimonial de la sociedad concursada, no forma causa para calificar el concurso como culpable.

FONAMENTS DE DRET

1. La societat concursada, AR. GRAF. MAR., S.L. i l'administrador Sr. F.M.C. apel·len contra la sentència del jutjat, dictada en la Secció de qualificació del concurs, i sol·liciten que es declari el concurs fortuït amb tots els pronunciaments favorables, per no donar-se els supòsits de concurs culpable que fonamenten la qualificació.

2. La sentència impugnada va acollir la proposta de concurs culpable efectuada per l'administració concursal (en endavant, AC) basada en l'article 164.2.1 de la Llei concursal (LC): que el deutor obligat legalment a portar la comptabilitat incomplís substancialment aquesta obligació, portés doble comptabilitat o hagués comés en la comptabilitat que portés una irregularitat rellevant per a la comprensió de la seva situació patrimonial o financera.

Els fets que, segons la sentència, donaven lloc a l'aplicació del precepte eren els següents:

1. La concursada no havia dipositat en el Registre Mercantil els comptes anuals dels exercicis 2004 a 2008, ambdós inclosos.
2. La concursada no portava llibres oficials de comptabilitat.
3. Els suports comptables no estaven legalitzats.

3. El primer dels fets imputats no només és negat en el recurs d'apel·lació de la societat concursada i l'administrador Sr. F.M.C., sinó que el nega també l'AC, en l'escrit d'oposició al recurs. D'acord amb l'AC, AR. GRAF. MAR., S.L. havia dipositat oportunament en el Registre Mercantil els comptes anuals de tots els exercicis indicats. Així ho va fer constar de manera expressa l'AC en l'informe de qualificació, tal com exigeix l'article 75 LC. Per tant, hem de concloure que la sentència incorre en aquest punt en un error de lectura.

4. Pel que fa a la resta de fets que han motivat la declaració de concurs culpable, el Sr. magistrat va interpretar l'informe de l'AC en el sentit que AR. GRAF. MAR., S.L. no portava llibres de comptabilitat. Malgrat que la concursada va afirmar que els havia entregat a l'AC, la sentència posava en relleu que no ho havia acreditat i que les regles de càrrega de la prova feien pesar sobre la societat la falta d'acreditació.

Ara bé, la lectura de l'informe de qualificació elaborat per l'AC i, sobre tot, el clarificador escrit de l'AC d'oposició al recurs d'apel·lació ens condueixen a resumir la problemàtica afectant als llibres de comptabilitat de AR. GRAF. MAR., S.L. en una sola dada: no estaven legalitzats.

És per aquesta falta de legalització que l'AC demanava i demana la qualificació del concurs com a culpable. L'AC considera que el concepte de comptabilitat que s'ha d'utilitzar als efectes de l'article 164.2.1 LC és únicament un concepte estricte, és a dir, el d'una comptabilitat portada amb tots els requisits que la llei exigeix. Això inclou l'extensió en els llibres oficials o en els llistats corresponents, degudament legalitzats. Aquest defecte de legalització determinaria *per se*, segons l'AC, la culpabilitat.

Com el jutge mercantil, considerem que **la falta de legalització dels llibres no pot constituir per si sola l'incompliment substancial del deure de portar comptabilitat que l'article 164.2.1 LC presumeix *iuris et de iure* (és a dir, sense admetre prova en contra) com a revelador de concurs culpable. Es tracta d'un incompliment de naturalesa formal que no ha tingut transcendència –o, si més no, no s'ha al·legat que n'hagi tingut– enfront de tercers i que no ha impedit conèixer la veritable situació patrimonial de la concursada.**

Per les raons exposades, és procedent estimar el recurs d'apel·lació.

5. L'estimació del recurs determina que no s'imposin les costes de la segona instància. Tampoc no s'imposen les costes de la primera instància, atesos els dubtes que ha pogut generar l'incompliment per la concursada del deure de legalitzar els llibres de comptabilitat (articles 398.1 i 394.1 de la Llei d'enjudiciament civil, per remissió de l'article 196.2 de la LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 114/2012, de 26 de Septiembre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Para dirimir la cuantía de la **responsabilidad de los administradores** en las **medidas cautelares**, se debe examinar el comportamiento de cada uno de ellos en relación con los diferentes tipos que pueden llevar a calificar el concurso como culpable.

Las **irregularidades** de los administradores sociales descritas en el artículo 164.2.1º LC (incumplimiento del deber de llevar contabilidad y comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera) **son de mera actividad**; no requieren ninguna especial intencionalidad.

Conocer la situación de insolvencia derivada de los balances y resultados de la concursada, es suficiente motivo para probar apariencia de buen derecho necesaria para el embargo de bienes de los recurrentes del artículo 48 LC.

Notas: Referencia la reiteración del nuevo criterio del Tribunal Supremo en la materia; SSTs de 6 de octubre de 2011, de 17 de noviembre de 2011, de 16 de enero de 2012 y de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El juzgado mercantil acogió la solicitud formulada por la administradora concursal (en adelante, AC) del concurso de PIT. GAL. SER., S.L. (PIT. GAL. SER., S.L.) y acordó la medida cautelar de embargo de los bienes de doña C.P.G., administradora actual de la sociedad, y de los bienes de don A.P.G. y don C.P.G., que ostentaron también la condición de administradores de la concursada en los dos últimos años. La Sra. magistrada consideró que concurrían en las personas físicas citadas los requisitos exigidos en el artículo 48.3 de la Ley concursal (LC).

Los Sres. A.P.G y C.P.G. apelan contra el auto del juzgado, alegando los motivos de recurso que titulan de la forma siguiente:

- 1) Incongruencia de la sentencia que acuerda la adopción de una medida no solicitada por la AC ni sometida a contradicción en el proceso.
- 2) Sobre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario de R. P. desestimada por la juez *a quo*.
- 3) No concurrencia de las causas de imputación dirigidas a los apelantes, por cuanto la actuación de éstos no generó la insolvencia de la sociedad concursada PIT. GAL. SER., S.L..

La AC se ha opuesto al recurso de apelación.

2. *Sobre la incongruencia alegada*

Según la parte apelante, la resolución incurre en vicio de incongruencia al haber acordado como medida cautelar el embargo de las participaciones de los recurrentes en la sociedad A., cuando dicha medida no fue solicitada por la AC en el escrito de demanda ni tampoco posteriormente, en el acto de la vista de las medidas cautelares. Por ello, dice el recurso, habría incongruencia por exceso *extra petitum* o *ultra petitum*. La juez no sólo habría dado algo diferente de lo pedido, sino algo más de lo solicitado y de lo que era objeto de la litis, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución.

La AC, en el otrosí de su solicitud, al manifestar los bienes de los demandados sobre los cuales interesaba el embargo, no hizo mención de las participaciones de los demandados en la sociedad A. -lo admite expresamente en su oposición al recurso. Sin embargo, ese dato no permite apreciar

incongruencia en el auto del juzgado. **No se trata de la adopción de una medida cautelar diferente ni de más alcance que la solicitada por la AC.** Ésta había pedido, en el *suplico* inicial, el embargo preventivo de bienes de los administradores (los tres administradores) en la cantidad de 5.574.059,21 euros y la juez lo acuerda, respecto de los ahora apelantes, en la cuantía, inferior, de 1.500.000 euros.

Pero, además, nos hallamos en un procedimiento concursal, con una regulación específica de la cuestión. El artículo 48.3 LC -norma aplicable por razones temporales; actualmente disciplina la materia el artículo 48 ter- dota al embargo preventivo de características propias y peculiares, tal como pone de relieve la Sra. magistrada al iniciar su sólida motivación sobre la medida cautelar acordada. El precepto dice literalmente: "*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 sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito*" (subrayado nuestro).

Vista la amplitud de las facultades que el precepto atribuye al órgano jurisdiccional, en cuanto a la adopción misma de la medida de embargo y a su alcance, no puede apreciarse la incongruencia alegada.

Pese a lo que afirma la recurrente, el caso no guarda similitud con el resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 182/2000, de 10 de julio, que invoca. En aquella ocasión, se trataba de un juicio declarativo de menor cuantía y se había solicitado, como medida cautelar, la intervención y nombramiento de administrador sobre unas acciones, mientras que la resolución judicial acordó la medida -distinta, no pedida ni debatida en el juicio- de intervención de una empresa y lo hizo con base en un fundamento de derecho distinto del que había sido objeto de contradicción en el proceso. Por ello, el Tribunal Constitucional apreció la incongruencia.

El motivo de recurso debe desestimarse.

3. *Sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario*

La Ley de enjuiciamiento civil (LEC) regula la figura del litisconsorcio pasivo necesario en el artículo 12.2. Establece: "*Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa.*"

No hay litisconsorcio necesario, por tanto, en el caso en examen, ya que la tutela solicitada (el embargo de bienes de tres administradores de la concursada) no requiere en ninguna medida, para su efectividad, que se llame -junto a los tres administradores referidos- a una cuarta persona física, don R. P. G., que, según los apelantes, habría ejercido funciones de apoderado o administrador de hecho de la sociedad concursada.

Por otra parte, tal como expone la AC y resulta del artículo 48.3 LC, antes transcrito, **el embargo sólo puede acordarse, o bien de oficio por el juez, o bien a solicitud razonada de la AC.** Los hoy apelantes carecen de legitimación -en primera y en segunda instancia- para solicitar que el embargo que les afecta se extienda a terceras personas respecto de las cuales ni la AC ni la juez han considerado que reunían los requisitos establecidos en el artículo 48.3 LC.

Por último, cabe recordar que **la medida cautelar no prejuzga la decisión sobre la cuestión de fondo.** Nada impide que los datos para imputar a don R. P., que la Sra. magistrada ha estimado insuficientes en el juicio provisional e indiciario exigido en sede cautelar, puedan llegar a ser más consistentes en un momento ulterior y puedan dar lugar, finalmente, a una declaración de aquél como persona afectada por la calificación culpable del concurso y, en su caso, al embargo de sus bienes con base en el artículo 48.3. Tales hipótesis no afectarían, en ningún caso, a lo ya dicho sobre la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.

El motivo de recurso se desestima.

4. *Sobre la concurrencia de causas de imputación de los apelantes*

El auto impugnado pone de relieve la instrumentalidad de las medidas respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores prevista en el artículo 172.3 LC. Por ello, sistematiza así los elementos sobre los que considera que deben concurrir indicios suficientes en el caso:

1. El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de créditos.
2. La persona cuyos bienes se embargan es administrador de derecho o de hecho de la concursada persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes.
3. El administrador será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso y su conducta se estimará idónea para obtener dicha calificación, y también para haber generado o agravado la situación de insolvencia.
4. La medida en que la persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, a los efectos de calcular su responsabilidad con relación al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación.

Los dos primeros elementos no son objeto de discusión.

1) En relación con la liquidación, el auto expone que la sociedad hace un año, aproximadamente, que carece de actividad; los contratos de trabajo se resolvieron antes de la declaración de concurso y la nave donde se desarrollaba el negocio está abandonada, sin suministro eléctrico. La insuficiencia de bienes tampoco parece cuestionada. La AC cifra el activo de PIT. GAL. SER., S.L., en el mejor de los casos, en 1.200.000 euros y cuantifica en aproximadamente 7.000.000 euros el pasivo de la sociedad -el auto del juzgado desglosa las diferentes partidas. Los apelantes, los Sres. A.P.G. y C.P.G., puntualizan en su recurso que no pueden discutir si la empresa irá a liquidación y si la masa activa es insuficiente, porque desconocen los datos al respecto desde que cesaron en sus cargos en julio y agosto de 2007 y dejaron de prestar servicios en PIT. GAL. SER., S.L. A partir de aquel momento, no habrían podido acceder a la empresa debido a la negativa de la Sra. C.P.G., pese a que seguían siendo socios de PIT. GAL. SER., S.L., ni habrían recibido respuesta a los múltiples requerimientos notariales dirigidos a PIT. GAL. SER., S.L. Su conocimiento de la marcha de la empresa lo ha sido por los procedimientos de apremio y ejecución dirigidos contra ellos en los últimos meses como avalistas de pólizas bancarias impagadas por la concursada.

2) Tampoco se discute que la sociedad concursada estuvo administrada, desde noviembre de 1997, por tres administradores solidarios -los hermanos C.P.G., C.P.G. y A.P.G. C.P.G. renunció unilateralmente al cargo el 31 de julio de 2008 y A.P.G. el 5 de agosto de 2008. Sus renunciaciones constan inscritas en el Registro. El auto de declaración de concurso data de 22 de junio de 2010.

5. El recurso cuestiona los dos restantes elementos que el auto considera concurrentes. Los apelantes sostienen que en ningún caso generaron o agravaron con su conducta el estado de insolvencia ni, aún menos, actuaron mediando dolo o culpa grave que justifique una medida de embargo tan severa como la adoptada. Reprochan a la resolución que haya dado el mismo tratamiento a los apelantes -que, al admitirse el concurso, hacía casi dos años que no dirigían ni trabajaban en la sociedad- y a la persona que fue administradora antes, durante y después de que se generara la situación de insolvencia y permitió con su absoluta dejadez que se cerrara la empresa "a las bravas" en julio de 2009, según informa la AC, además de otras actuaciones dolosas que el auto detalla.

A criterio de los recurrentes, pese a que la magistrada concreta, en algunos casos, las responsabilidades de unos y otros, cuando adopta las medidas de embargo no discrimina y las aplica a todos los demandados, con una diferencia de cuantía (1.500.000 euros, los Sres. C.P.G. y A.P.G.; 2.800.000 euros, la Sra. C.P.G.) que carecería de relevancia, atendida la elevada magnitud de las cifras.

El análisis del motivo requiere, en primer lugar, unas puntualizaciones de orden normativo. Es cierto que, como refleja el auto impugnado, esta Sección 15ª había declarado que el artículo 172.3 LC -en su redacción anterior a la reforma por la Ley 38/2011- establecía una responsabilidad por daño y culpa, lo que exigiría, como presupuesto necesario para la condena del administrador de derecho o de hecho, que con su actuación hubiera generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, resultaría necesario valorar su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y, con ello, la parte de los créditos insatisfechos que debían ser objeto de la condena.

Sin embargo, ya en decisiones anteriores (entre otras, sentencia de 23 de abril de 2012) hemos expuesto el cambio de criterio del tribunal, conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En el espacio temporal entre el auto impugnado y esta resolución de apelación, el TS se ha pronunciado sobre la cuestión en diversas sentencias cuya doctrina conviene traer aquí.

6. La STS de 6 de octubre de 2011 declara, en el fundamento de derecho tercero:
"La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable.

Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.

Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola -esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.

Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella consecuencia".

En ese mismo sentido, las SSTS de 17 de noviembre de 2011, de 16 de enero de 2012 y de 16 de julio de 2012.

La STS de 6 de octubre de 2011 continúa diciendo que, *"para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado...-".*

Y concluye: *"Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social -y, al fin, a la sociedad- y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable."*

7. La imputación de responsabilidad a los apelantes Sres. A.P.G. y C.P.G. debe efectuarse aplicando la doctrina jurisprudencial transcrita. En consecuencia, **se debe examinar el comportamiento de cada uno de ellos en relación con los diferentes tipos que han conducido a la Sra. magistrada a calificar el concurso como culpable.**

Tres de dichos tipos, la inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud de concurso (164.2.2 LC); el alzamiento de bienes y salida injustificada durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (artículo 164.2.4 LC) y la falta de colaboración con la AC (165.2 LC) los refiere el auto impugnado exclusivamente a la conducta de la Sra. C.P.G., administradora de la sociedad cuando se declaró el concurso, no a los hoy apelantes, por lo que no serán objeto de examen. Los restantes tipos, por razones de complejidad, en este ámbito cautelar, los sistematizaremos así:

- a) Falta de llevanza de la contabilidad (artículo 164.2.1 LC).
- b) Falta de depósito de las cuentas (artículo 165.3 LC).

- c) Generación o agravación del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave (artículo 164.1 LC).
- d) Incumplimiento de la obligación de solicitar el concurso en plazo (165.1 LC).

8. a) El artículo 164.2.1 LC considera culpable el concurso, en todo caso: *“Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de la contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”*.

La juez señala que la única contabilidad de que dispone la AC es el libro diario de los ejercicios 2008 y 2009 y, respecto de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2007, tiene en cuenta las irregularidades constatadas en el informe de auditoría, de fecha de 9 de junio de 2008, incorporado al incidente como documento número 20.

El informe de auditoría de Gallemí Grau dice, en el apartado 3, en relación con las existencias, que no han podido verificar el método de valoración aplicado por la compañía en las existencias de los ejercicios 2006 y 2007 y, por ello, no pueden opinar sobre la adecuación del saldo de existencias que figura en el balance de situación a 31 de diciembre de 2007, por importe de 1.552.000 euros y el efecto que pudiera tener en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio.

Según el apartado 4 del informe, la compañía no ha podido facilitar al auditor la documentación soporte de los elementos del Inmovilizado Material e Inmaterial adquiridos antes del ejercicio 2007, registrados por un valor neto contable de 726.000 euros y, en consecuencia, no se ha podido verificar la adecuada titularidad y registro de dichos bienes, así como su correcta amortización acumulada por los importes indicados.

El apartado 5 afirma que la compañía ha realizado diferentes entregas monetarias a empresas del grupo, que figuran registradas bajo los epígrafes “Inmovilizado Financiero” e “Inversiones Financieras temporales”, por unos importes de 326.000 euros y 221.000 euros, respectivamente. De dichos importes, la compañía no posee documento soporte que avale la titularidad y recuperabilidad. Se añade que, dentro del epígrafe “Deudas a largo plazo” que figura en el pasivo del balance, consta una deuda de 84.000 euros de la que no se ha facilitado documentación soporte, por lo que no puede opinarse sobre su adecuación.

Dice el apartado 6 que, en el epígrafe “Deudores” del balance de situación, figura, dentro de la cuenta de “socios y administradores”, un importe total de 382.000 euros sin documentación soporte. Por ello, se desconoce la recuperabilidad de dicho saldo y el impacto que pudiera tener en los resultados y el neto patrimonial de la compañía.

El apartado 7 se refiere a los epígrafes de “compras” y “servicios exteriores” que constan registrados por unos importes de 6.186.000 euros y 1.416.000 euros, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias. Se expone que no ha sido facilitada toda la documentación contable solicitada a la compañía y por ello no se puede opinar sobre la razonabilidad de esos gastos incluidos en la cuenta de resultados de la compañía del ejercicio 2007.

El apartado 8 se refiere a la falta de respuesta por la entidad bancaria Bancaja y el apartado 9 al extravío por la sociedad del libro de actas.

El apartado 10 dice que la Memoria no contiene indicación sobre el Fondo de Maniobra de la compañía de los tres últimos ejercicios (2005, 2006 y 2007) que viene resultando negativo por importes de 536.000 euros, 955.000 euros y 362.000 euros que constituyen factores causantes de duda sobre la continuidad de las actividades de la empresa, ni tampoco [contiene indicación] de las circunstancias que podrían contribuir a reducir dichas dudas como la capacidad de incrementar los fondos propios. Ello indica la incertidumbre sobre la capacidad de la entidad de continuar su actividad de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran en las cuentas anuales, que han sido preparadas asumiendo que tal actividad continuará.

El auditor hace constar que, dada la importancia de las salvedades expuestas, no puede expresar una opinión sobre las cuentas anuales del ejercicio 2007.

En su solicitud de embargo, de octubre de 2010, la AC ponía de relieve que no disponía de contabilidad alguna de PIT. GAL. SER., S.L. y lo único que podía afirmar, a la vista del informe de auditoría de 9 de junio de 2008, eran aquellas importantes irregularidades en la contabilidad del ejercicio 2007. En su escrito de oposición al recurso de apelación, de mayo de 2011, la AC precisa que no aparece la contabilidad de PIT. GAL. SER., S.L. anterior al año 2008 y alude de nuevo al informe de auditoría de

junio de 2008. Los apelantes admiten la existencia de ciertas irregularidades, como la no contabilización de determinadas partidas correctamente, y se limitan a alegar que ello no implica que la sociedad no fuera viable ni que dichas incorrecciones no se pudiesen solucionar. Tampoco implica, dice el recurso, que los administradores llevaran una doble contabilidad o hubieran cometido irregularidades relevantes a conciencia.

Al respecto, debe aclararse que, de las tres situaciones tipificadas en el artículo 164.2.1 LC antes transcrito, el auto no ha apreciado la relativa a la llevanza de doble contabilidad, sino las otras dos: el incumplimiento del deber de llevar contabilidad (por la ausencia de la contabilidad de la concursada anterior a 2008) y la comisión de irregularidades contables relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera (a partir de lo que resulta del informe de auditoría referido). Por lo que respecta a las irregularidades relevantes, la norma no requiere ninguna especial intencionalidad, como parece pretender el recurso.

Como se ha expuesto, los Sres. P. renunciaron unilateralmente al cargo de administradores solidarios el 31 de julio de 2008 (C.P.G) y el 5 de agosto de 2008 (A.P.G.). Los anteriores datos -en este juicio provisional exigible en sede de medidas cautelares y sin perjuicio de la resolución definitiva- conducen a considerar que se está en presencia del supuesto del artículo 164.2.1 LC,

9. b) Relacionada con la causa analizada, concurre también, en principio, el supuesto del artículo 165.3 LC, que presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso. No se han depositado en el Registro Mercantil las cuentas de PIT. GAL. SER., S.L. del ejercicio 2007 (tampoco las del ejercicio 2008 ni del ejercicio 2009).

10. c) El auto del juzgado atribuye asimismo a los Sres. Carlos y A.P. la generación y agravación del estado de insolvencia de PIT. GAL. SER., S.L.. Dice el artículo 164.1 LC: *"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"*. Según la Sra. magistrada, fue la conducta de los tres hermanos P. en la administración de la sociedad lo que generó la situación de insolvencia.

En este sentido, la juez tiene en cuenta el informe de auditoría de las cuentas anuales de 2007 antes citado. A partir de él, deduce que la situación al cierre del ejercicio de 2007 era, en realidad, mucho peor que la reflejada en las cuentas anuales. Observa que en un año se pasa de unas pérdidas de 47.302,31 euros (a 31 de diciembre de 2007) a unas pérdidas de 1.575.174,42 euros (a 31 de diciembre de 2008), por lo que, concluye, a finales de julio de 2008 -cuando marchan los hermanos-, la empresa estaba incurso en un estado de insolvencia del que ellos eran conocedores, pese a lo cual, continuaban haciendo pedidos, como reconoció el Sr. A.P. en la vista de la medida cautelar.

El auto hace referencia a los pedidos efectuados por PIT. GAL. SER., S.L. a R. Esp. durante el primer semestre de 2008, en situación de insolvencia inminente, generando una deuda de 1.500.000 euros, cuyas facturas de mayo y junio de 2008 no iban a poder atenderse, pese a lo cual se siguieron efectuando pedidos a R. en julio de 2008; al retraso en el pago de nóminas en junio y julio de 2008; a deudas con Agencia Tributaria desde mayo de 2008; a descubiertos que empiezan en abril de 2008 y que generan el pago de intereses y comisiones en todas las entidades bancarias con las que operaba PIT. GAL. SER., S.L., así como a gastos por tarjetas de crédito excedidas y por modificación de vencimientos de facturas.

A partir de ese conjunto de datos -y habida cuenta la escasa contabilidad suministrada por el deudor-, el auto fija provisionalmente la fecha de la insolvencia de PIT. GAL. SER., S.L. a finales de julio de 2008, cuando ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones. La AC sitúa la insolvencia, como mínimo, en el año 2007. Se afirma en el auto que, pese a la complicada situación con que termina el ejercicio 2007, los hermanos P. no adoptan ninguna medida adecuada para atender aquella situación, sino que continúan haciendo pedidos e incrementando desmesuradamente las pérdidas de la sociedad. Sobre este particular, la AC se refiere a la concertación de varios contratos de renting y leasing los años 2007 y 2008; a las elevadas nóminas, gastos de viaje, liquidaciones de tarjetas de crédito sin justificar (según resulta del libro diario de 2008) o al otorgamiento de préstamos a empresas

del grupo y a socios y administradores, sin documentar (remite al informe de auditoría ya citado y a la declaración en juicio de don A.P.).

El auto razona -también la AC- **que tal situación se agravó con la salida de C.P.G. y A.P.G.**, que dejaron la empresa en manos de C.P.G, la cual estaba viviendo en Madrid y llevando la delegación en aquella ciudad, por lo que su dedicación al negocio de Barcelona era a tiempo parcial (amén de que se agravara también, dice la juez, con la dejadez de la Sra. C.P.G. en la administración, tras la marcha de sus hermanos).

Que los Sres. P. hoy **apelantes conocían la situación de insolvencia resultaría**, como afirma la AC, entre otras fuentes, del informe de auditoría de las cuentas del ejercicio de 2007 (punto 10º); de los interrogatorios de los Sres. C.P.G., A.P.G. y R.P. (testigo); **de su conocimiento de los balances y resultados de la concursada**. En el escrito de oposición al recurso, la AC invoca unos documentos conocidos tras la vista de las medidas cautelares, que por esa circunstancia resultan admisibles en esta segunda instancia: 1) un acta de manifestaciones ante notario de los Sres. C.P. y A.P., de fecha 31 de julio de 2008, que acompaña una memoria de la situación financiera de fecha 16 de julio de 2008, en la que consta: *"actualmente la sociedad está atravesando graves dificultades financieras para poder hacer frente a sus obligaciones de pago corrientes"* y 2) una minuta de honorarios de un despacho de abogados, de 8 de agosto de 2008, por, entre otras partidas, el análisis de la situación de PIT. GAL. SER., S.L., en especial de la posible situación de concurso; el análisis de la posible responsabilidad de los administradores sociales en relación con la situación de la sociedad o el informe sobre diferentes opciones de reestructuración societaria.

El recurso de apelación niega que, al tiempo de cesar los apelantes en su cargo de administradores, la sociedad se hallara en situación de insolvencia. Da a entender que se produjo un año más tarde, con el cierre de las oficinas y la extinción de los contratos de los trabajadores.

11. La medida cautelar del artículo 48 LC requiere una apariencia de buen derecho, no una prueba con el grado de certeza exigido en la sentencia definitiva para la condena prevista en el artículo 172.3 LC.

En este contexto, estimamos que **los datos tomados en consideración por la juez fundamentan suficientemente la decisión de embargo de bienes de los recurrentes**. Por lo que atañe al artículo 164.1 LC, los hechos que se desprenden del testimonio de actuaciones aportado nos conducen a compartir la valoración efectuada por la Sra. magistrada de que **los tres administradores de PIT. GAL. SER., S.L., con su actuación -cuando menos, gravemente culposa-, contribuyeron a generar -y a agravar- la situación de insolvencia de la sociedad**.

La falta de certeza sobre datos relevantes de la evolución patrimonial de la sociedad en 2007 y 2008 debe ponerse en relación con la falta de contabilidad -y las irregularidades contables- antes referida, imputable a los propios administradores. Ello fundamenta debidamente, a nuestro criterio, la apariencia de buen derecho respecto del tipo del artículo 164.1 LC. Por otro lado, como se ha razonado en fundamentos de derecho anteriores, concurre la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC (no presentación de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso) y el tipo de concurso culpable (a modo de presunción que no admite prueba en contra) del artículo 164.2.1 LC (incumplimiento del deber de contabilidad, irregularidad contable relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera). En consecuencia, debemos confirmar la adopción de la medida, sin necesidad de examinar de manera específica el último -lo hemos enunciado como d)- de los tipos legales apreciados por el juzgado en relación con los administradores apelantes, la presunción de dolo o culpa grave contenida en el artículo 165.1 LC (incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso), directamente relacionada con lo dicho en el fundamento de derecho anterior.

12. Sobre la determinación de la cuantía de la condena de los administradores por la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC, a cuyo aseguramiento se dirige la medida instrumental del artículo 48.3 LC, dice la reciente STS de 16 de julio de 2012 (fundamento tercero.2.3): "la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal" y añade que "no fijaba ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la

deuda que debía ser cubierta, por lo que si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso."

La sentencia cita la anterior STS de 6 de octubre de 2011 -reiterada en la de 17 noviembre de 2011-, parte de cuyo fundamento de derecho cuarto transcribimos de nuevo por su interés para la cuestión debatida: *"para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172 -la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación-, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164 -haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia-, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo -haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad"*.

Como advierte la STS de 16 de julio de 2012: *"También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 .bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal"*.

Consideramos que la Sra. magistrada, en el auto impugnado, ha valorado detenidamente la conducta de los administradores de PIT. GAL. SER., S.L., incluidos los apelantes, en relación con los diversos tipos de concurso culpable. **A la vista de las cifras que resultan de los escasos datos de contabilidad de las actuaciones (así las indicadas en el informe de auditoría), no advertimos, en este enjuiciamiento provisional propio de la medida cautelar, el exceso en la cuantificación que se denuncia en el recurso.** Por ello, debemos confirmar la resolución.

13. Atendida la desestimación del recurso, es procedente imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 de la LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 334/2012, de 17 de Octubre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Probado un **incremento contable ficticio de existencias**, que encubre pérdidas reales de la sociedad, supone una irregularidad en la contabilidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada. Si no se acredita lo contrario, provoca la calificación culpable del concurso (164.2.1º LC).

Constatada la situación de **insolvencia** en la sociedad (deudas impagadas con la AEAT y la TGSS), no seguida de la exigible solicitud de concurso, hace presumir el **dolo o culpa grave** ante incumplimiento el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1 LC), salvo prueba en contrario. Acreditado que la situación de insolvencia se daba en una fecha, mucho antes de la **renuncia al cargo del administrador social**, éste permanece responsable de la posible calificación culpable del concurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Sr. J.T.C., administrador de derecho de la concursada SER., S.A. hasta meses antes de la declaración de concurso, que ha sido condenado por el juzgado mercantil en la Sección de calificación del concurso, en los términos que se han relacionado en los antecedentes de hecho, apela contra la sentencia condenatoria y solicita su revocación. Sus alegaciones se titulan así:

- 1) Error en la valoración de la prueba documental. Inexistencia de irregularidades contables relevantes (artículo 164.2.1º de la Ley concursal, LC).
- 2) Falta del presupuesto objetivo del artículo 2.4.4º LC y error en la valoración de la prueba documental. Incumplimiento del deber de presentar la solicitud de concurso.
- 3) La responsabilidad del Sr. J.T.C.

2. *Irregularidades relevantes en la contabilidad (artículo 164.2.1º LC)*

Tal como expone la sentencia del juzgado mercantil, la AC fundamenta la culpabilidad del concurso, en primer lugar, en la causa del artículo 164.2.1º LC, conforme al cual, en todo caso, el concurso se calificará como culpable *cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.*

En concreto, la AC invoca y la sentencia aprecia el último de los supuestos citados, de **irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada.**

El informe de calificación afirma que la AC ha podido constatar en la contabilidad un **incremento ficticio de existencias durante los períodos 2007-2008, que encubre las pérdidas reales de la sociedad.** El informe provisional de la AC, de 4 de enero de 2010 (copia del cual consta como documento 1 del informe de calificación), ya hacía constar que el valor de las existencias contabilizadas superaba en 333.489,87 euros el valor de las existencias que figuraban en el almacén de la concursada y que la diferencia procedía, como mínimo, del ejercicio de 2007 y podía suponer la no declaración de mayores pérdidas desde esa fecha.

En el informe de calificación, la AC añade un nuevo dato que, a su juicio, confirmaría la constatación. Se trata del documento acompañado como número 2, una documentación que la concursada habría entregado a la AC y en la que aparece la evolución de los inventarios de SER., S.A. desde diciembre de 2007 hasta diciembre de 2009, con un apartado denominado "normalización" por importe de 333.486,07 euros (diciembre de 2007) y 333.486,87 euros (los restantes meses), que se va repitiendo de forma constante como sumando a las partidas de existencias de cada mes.

La concursada y el administrador Sr. J.T.C. -bajo idéntica defensa y representación- negaron y niegan la autenticidad del documento 2 aportado con el informe de calificación. Alegan que nunca tal documento fue entregado a la AC por la concursada ni incluido en la contabilidad de SER., S.A.

La juez rechazó esa objeción, porque consideró: 1) que los datos del documento coinciden con los que aparecen en la contabilidad oficial de la concursada y, en concreto, en las cifras de existencias del balance de las cuentas anuales de los ejercicios 2007 y 2008 acompañados a la solicitud de concurso; 2) que no cabía pensar que la AC hubiese confeccionado el documento unilateralmente para presentarlo en el juicio ni había prueba alguna para sostenerlo, y 3) que el hecho de que no se hubiera entregado de forma consciente por la entidad concursada no significa que no fuera extraído de su contabilidad.

En la sentencia, se agrega que **esa diferencia en las existencias por importe de 333.486,07 euros, por lo menos, desde el ejercicio de 2007, no se corresponde ni con stock, ni con materias primas o en curso ni con producto acabado. Simplemente, se etiqueta como normalización, sin que la concursada o su administrador hayan acreditado a qué corresponde tal normalización.** En consecuencia, la Sra. magistrada concluye, sin mayores dudas, que **se trata de una contabilización ficticia de existencias que supone una alteración de los valores contables e impide conocer la verdadera situación económica y financiera de la empresa. Por ello la considera una irregularidad relevante que, con arreglo al artículo 164.2.1º conlleva la calificación del concurso como culpable.**

3. En el recurso de apelación del Sr. J.T.C. se insiste en los argumentos mantenidos en la primera instancia. Por lo que atañe a la falta de acreditación del significado del epígrafe *normalización* que la sentencia del juzgado pone a su cargo, razona que tal explicación le es imposible, ya que ni el Sr. J.T.C. ni la concursada son autores del documento que puede haber sido entregado a la AC por cualquier trabajador resentido y que causa grave indefensión a los demandados.

Sobre el origen de ese documento número 2, la AC manifiesta, en su escrito de oposición al recurso, que los datos sobre existencias fueron contrastados con información adicional que le fue suministrada por la concursada y no por el Sr. J.T.C., quien desde febrero de 2009 ya no es administrador de SER., S.A.. Afirma también que el deber de colaboración con la AC es amplio y afecta tanto al administrador de hecho, de derecho o apoderado de la concursada, como a sus asesores legales, contables y financieros y al personal a su servicio, especialmente de tipo administrativo, que tiene conocimiento de cuestiones laborales, contables y financieras que afectan a la empresa. La AC dice, finalmente, a este respecto, que recibe, a lo largo del concurso, cuantiosa documentación de las personas referidas y, salvo que se trate de documentos originales, no deja constancia de su recepción, para no entorpecer la agilidad del procedimiento.

El rechazo del administrador apelante al documento 2, que tacha de espurio, no impide la valoración de ese material probatorio, conforme al principio de normalidad, por las razones que expone la Sra. magistrada y que el tribunal comparte.

Por otra parte, la AC pone de relieve un dato que no puede despreciarse. Sus apreciaciones sobre la contabilización de las existencias por SER., S.A., 333.489,87 euros por encima de su valor real, fueron hechas ya en el informe provisional de la AC de 4 de enero de 2010, en el que también se dijo que la diferencia provenía, como mínimo, del ejercicio 2007. La valoración efectuada entonces por la AC no fue cuestionada. No puede obviarse que la representación y defensa de la concursada no sólo es la misma que la del Sr. J.T.C., sino que incluso tiene por representado y defendido al Sr. J.T.C. cuando se opone en nombre de SER., S.A. (así, en los ff. 900 o 901) y dedica a la defensa directa del Sr. J.T.C. varias páginas del escrito de oposición de la concursada.

No se trata, pese a lo que afirma la parte apelante, de que el **informe provisional se refiriera a meras diferencias de valoración de las existencias y el informe de calificación a existencias ficticias. La diferente función de uno y otro informe explica el diferente tratamiento, pero el informe inicial no daba lugar a equívocos en este punto.** Reiteramos su tenor literal: *el valor de las existencias contabilizadas supera en 333.489,87 € el valor de las existencias que figuran en el almacén de la concursada. Esta diferencia proviene, como mínimo, del ejercicio 2007 y puede suponer la no declaración de mayores pérdidas desde esa fecha.*

Por lo expuesto, debe rechazarse el primer motivo de apelación, que denunciaba un **error de valoración de la prueba sobre las irregularidades contables relevantes** (artículo 164.2.1º LC).

4. *Incumplimiento del deber de presentar la solicitud de concurso*

Para declarar el concurso como culpable, la sentencia del juzgado aprecia también el supuesto establecido en el artículo 164.1 LC: *“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.”* La Sra. magistrada acoge la segunda causa invocada por la AC, **prevista en el artículo 165.1 LC. El precepto 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 hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso.**

La juez estima que la situación de insolvencia de SER., S.A. se produce en junio de 2008 y que, por tanto, a 31 de agosto de 2008, la sociedad debió presentar la solicitud de concurso, como exige el artículo 5.1 LC. No lo hizo hasta julio de 2009. De ahí, la sentencia concluye la grave negligencia del administrador y su responsabilidad, conforme al artículo 172.3 LC, por la clara relación de causalidad que aprecia entre el retraso en la solicitud y la agravación de la situación de insolvencia.

La sentencia cuantifica la responsabilidad del Sr. J.T.C. en 264.235,75 euros, importe total de los créditos nacidos con posterioridad al incumplimiento y antes de la solicitud de concurso –y, debe añadirse, antes también del cese por renuncia de ese administrador.

Por lo que respecta al deber de solicitar la declaración de concurso, el artículo 5.1 LC exige que el deudor lo haga *dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*. El apartado 2 del mismo artículo añade: *“Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4, haya transcurrido el plazo correspondiente.”*

El artículo 2.4.1 se refiere al sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Los hechos previstos en el artículo 2.4.4 LC son: el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

5. La AC alegó, en síntesis, que:

1) SER., S.A. impagó las cuotas del I.V.A. de los trimestres 2º, 3º y 4º de 2007, en sus vencimientos naturales y en sus respectivos aplazamientos (5 de diciembre de 2007, 20 de febrero de 2008 y 5 de marzo de 2008).

2) El 8 de julio de 2008, SER., S.A. acordó con la Administración tributaria nuevo aplazamiento de la deuda acumulada por I.V.A. por importe de 242.014,24 euros, con una garantía hipotecaria consistente en una de las dos naves que SER., S.A. había adquirido en marzo de 2008 y que tuvo que financiar mediante dos préstamos hipotecarios.

3) A 30 de junio de 2008, las cuotas impagadas a la Tesorería General de la Seguridad Social ascendían a 76.297,99 euros, correspondientes a los meses de marzo a junio de 2008. Los impagos continuaron hasta noviembre de 2008 y ascendían, a la fecha de declaración del concurso, a 348.356,88 euros.

4) En cuanto a proveedores, a 30 de junio de 2008, el importe de las facturas aceptadas por SER., S.A. y desatendidas a su vencimiento ascendía a 145.890,77 euros.

5) Las pérdidas durante 2008 fueron de 233.602,15 euros y, de haberse contabilizado adecuadamente las existencias en 2007, las pérdidas de ese ejercicio hubieran sido superiores. El fondo de maniobra o diferencia entre activo y pasivo circulante para 2007 se situaba en -600.000 euros.

La sentencia del juzgado considera que los datos anteriores no han quedado desvirtuados en el procedimiento. En concreto, por lo que atañe a la deuda con los proveedores, precisa que los aplazamientos no se han acreditado, con la salvedad de un mensaje de correo electrónico de un acreedor (D.TEC., S.L.), por importe de 16.259,06 euros, escasamente relevante en relación con la suma total adeudada (145.890,77 euros).

6. El recurso de apelación no niega los datos fácticos sobre impagos en que se han basado el informe de la AC y la sentencia. Admite expresamente que, a mediados del ejercicio de 2008, la concursada se hallaba en dificultades. Afirma que, en esos momentos, al inicio de la crisis, como la mayoría de empresas, vio cerradas las vías de financiación del circulante y ello provocó desajustes en el pago de los proveedores y de las deudas con los acreedores oficiales. Por ello, dice el apelante, solicitó aplazamientos y realizó operaciones como la adquisición de las naves en las que realizaba su actividad, hasta entonces arrendadas mediante leasing. Esa compra habría mejorado el fondo de maniobra de la sociedad a finales del ejercicio de 2008, debido al cambio de financiación de los locales, tal como expresa el propio informe de calificación de la AC. Le habría permitido solicitar los aplazamientos con la TGSS y la AEAT y reestructurar la plantilla. Se habría levantado así la situación de insolvencia.

Añade que las gestiones y esfuerzos realizados por el Sr. J.T.C. para aplazar la deuda con los organismos oficiales deberían excluir la consideración que ese administrador hubiera actuado con grave

negligencia. Además, continúa la parte apelante, durante los primeros meses de 2009 se cumplió con los pagos con los organismos oficiales hasta que, por el descenso de ventas de abril y mayo, tuvo que solicitarse el concurso en julio de 2009.

En cuanto a los proveedores, el recurrente señala que, al tiempo de declararse el concurso, solamente uno había iniciado acciones de reclamación (por 11.791 euros), frente a un total de deuda calculada inicialmente en 2.326.469,34 euros. Los incumplimientos tenidos en cuenta por la AC no constituirían el incumplimiento generalizado que justificaría la culpabilidad del concurso.

7. Las alegaciones del recurso no pueden compartirse. **No se ha desvirtuado que, a 30 de junio de 2008, SER., S.A. se encontraba en situación de insolvencia (deuda con la AEAT por I.V.A. dejado de ingresar, correspondientes al 2º trimestre de 2006 y los trimestres 2º, 3º y 4º de 2007, impagados a sus vencimientos y también al término de los aplazamientos solicitados, por un montante de 242.014,24 euros; deuda con la TGSS por cuotas de marzo a junio de 2008, por 76.297,99 euros, deuda acumulada frente a proveedores, entre octubre de 2007 y junio de 2008, de 145.890,77 euros).**

En cuanto a la adquisición de las naves, la AC observa que no fue la tabla de salvación a los problemas de aplazamientos sucesivos incumplidos, ya que el pasivo frente a organismos públicos y acreedores permaneció invariable y la actuación de la concursada, de solicitar nuevo aplazamiento con la garantía de los inmuebles, mientras continuaba desatendiendo las nuevas cuotas generadas, no hacía sino agravar la situación de insolvencia. A la fecha de declaración del concurso, sólo la propia deuda por los préstamos hipotecarios suscritos para adquirir las naves ascendía a 629.502 euros (frente a BBVA) y 464.944 euros (frente a Banco Sabadell).

Constatada esa situación de insolvencia en junio de 2008, no seguida de la exigible solicitud de concurso, debe confirmarse la conclusión a que llega la Sra. magistrada y desestimar el motivo de recurso, sin necesidad de más razonamientos.

8. En el último de los apartados del recurso se afirma que, cuando el Sr. J.T.C. cesó en su cargo de administrador de SER., S.A., en febrero de 2009, se habían alcanzado los acuerdos de aplazamiento de la deuda con los acreedores oficiales y los proveedores. No había entonces insolvencia.

Sin embargo, tal como se ha dicho, tanto la juez mercantil como este tribunal consideran **acreditado que la situación de insolvencia se daba a 30 de junio de 2008, mucho antes de la renuncia al cargo del Sr. J.T.C.** La sentencia del juzgado limita la responsabilidad del hoy apelante a las deudas devengadas desde el 31 de agosto de 2008, en que se debió instar el concurso, y el 26 de febrero de 2009, fecha de cese del Sr. J.T.C. como administrador, que cuantifica en 264.235,75 euros, cifra cuya adecuación no ha sido combatida en segunda instancia. Conviene señalar que, según el informe de calificación –no cuestionado en este punto-, a 17 de septiembre de 2010, la situación patrimonial de SER., S.A. arroja las siguientes cifras:

- Masa activa 1.498.471,23 euros.
- Créditos concursales ... 2.646.757,04 euros.
- Créditos contra la masa ... 326.963,48 euros.

9. En la parte final de su recurso, el apelante refiere la grave situación en que queda tras la sentencia, condenado a pagar la suma referida, junto con otra suma cuantiosa que deberá afrontar como avalista a título personal de algunos créditos de la sociedad, e inhabilitado para dedicarse a la actividad empresarial (societaria), única que ha desempeñado durante los últimos veinticinco años, sin haber tenido en ese tiempo ninguna causa civil ni penal. Aunque **no nos constan algunos de estos datos sobre la gestión empresarial anterior a la época del concurso, tampoco aparece en las actuaciones ninguna circunstancia que aconseje, en nuestro criterio, una inhabilitación que deba prolongarse más allá del plazo de dos años.** Por tanto, en ese solo extremo, se estimará el recurso de apelación.

10. La estimación del recurso en parte determina que no se impongan las costas de la segunda instancia (artículos 398.2 LEC y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 344/2012, de 23 de Octubre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Acreditada alguna de las conductas del artículo 165 LC (en este caso, el **retraso en la solicitud de concurso**), habrá que presumir que el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

Reconocido por el deudor la demora en la solicitud del concurso, a él le corresponde, para eludir la declaración de culpabilidad, la **carga de acreditar** que no medió dolo o culpa y que, en cualquier caso, el retraso no generó o agravó la insolvencia.

La **crisis generalizada** del sector de la concursada, justifica la situación de insolvencia, pero nunca su agravación.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 29 de noviembre de 2007.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La concursada recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 que calificó el concurso de GER., S.L. como culpable. Dicha sentencia, que acoge la pretensión formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, justifica la culpabilidad en la demora en la solicitud del concurso (artículo 165.1º de la Ley Concursal). Según razona en el fundamento de derecho segundo, la concursada dejó de pagar las cuotas de la Seguridad Social de los meses de julio, agosto y septiembre de 2008. Por ello fija el 31 de diciembre de 2008 el momento en el que la concursada debió solicitar la declaración de concurso. Y dado que la solicitud se formuló el 22 de diciembre de 2009, entiende que concurre la presunción contenida en el artículo 165.

Por otro lado, teniendo en cuenta que entre la fecha en que debió presentarse el concurso y la de la solicitud se generaron créditos por importe de 178.769,71 euros, la sentencia concluye que la demora agravó la situación de insolvencia. En el fundamento tercero se sostiene que, en un escenario de liquidación, como el que afecta a la concursada, por regla general la demora agrava la insolvencia, correspondiendo al deudor la carga de acreditar el efecto neutro o favorable para reducir la insolvencia de dicha demora.

Por todo ello, además de calificar el concurso como culpable, declara personas afectadas por la calificación a los administradores demandados, a quienes condena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172.3º de la Ley Concursal, a cubrir el déficit concursal hasta un máximo de 178.769,71 euros.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpone recurso de apelación únicamente la concursada, que no cuestiona que a 31 de diciembre de 2008 se hallara en situación de insolvencia. Tampoco pone en duda que entre esa fecha y la solicitud se generaran créditos por 178.769,71 euros y, en definitiva, que incurriera en la demora contemplada en el artículo 5 de la Ley Concursal. Sin embargo, según se afirma en el hecho segundo, no basta con que el concurso se presente fuera de plazo, sino que es necesario que la demora haya agravado la situación de insolvencia, circunstancia que, a su entender, no se da en el presente caso. La apelante alega que los administradores solicitaron préstamos o prestaron su aval personal para superar la insolvencia, viéndose abocados a solicitar el concurso al no fructificar los intentos de reflotar la empresa. Asimismo sostiene que no realizó actos de disposición, que su intención fue la de mantener los puestos de trabajo y finalizar las obras que venía realizando. Por todo ello solicita que el concurso se califique como fortuito.

TERCERO.- La apelante, como se viene exponiendo, admite que solicitó el concurso fuera del plazo contemplado en el artículo 5 de la Ley Concursal. De acuerdo con este precepto, 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. Atendido el contenido del recurso, la apelante admite que la situación de insolvencia se evidenció en septiembre de 2008 y, en definitiva, que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 debería haber solicitado el concurso, cosa que no hizo hasta un año después. **La apelante, sin embargo, discrepa de la sentencia pues entiende que el artículo 165.1º sólo presume la existencia de dolo o culpa grave, no la generación o agravación de la insolvencia, extremo que corresponde acreditar a la administración concursal.**

Pues bien, esta Sala he venido manteniendo en anteriores resoluciones (STS de 29 de noviembre de 2007, ROJ 14674/2011, o 6 de abril de 2011 –ROJ 3930/2011-, por citar alguna), que **no es necesario, para que opere la presunción que establece el artículo 165, que las conductas que contemplan (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia. “Esta exigencia, a efectos de la calificación –señala la segunda de las sentencias-, debe ser descartada ya que las conductas que el precepto describe no inciden, necesariamente, con un adecuado enlace causal, en la generación o agravación de la insolvencia; así, la segunda e incluso la tercera, pues el incumplimiento del deber de colaboración (art. 42 LC) tendrá lugar siempre después de ser declarado el concurso, por lo que nunca habrá influido en la generación o agravación de la insolvencia, como tampoco, de ordinario, la falta de llevanza de contabilidad, que por sí misma no genera o agrava la insolvencia (sin perjuicio de que en estos casos pueda establecerse una presunción judicial de culpabilidad, precisamente porque el incumplimiento del deber de llevanza de contabilidad impide conocer las causas de la insolvencia y su manifestación temporal); incluso, la demora en el deber de solicitar el concurso puede que, en algunos casos, no haya contribuido a generar o agravar la insolvencia. Debe concluirse por ello que, aunque la dicción del art. 165 LC puede llevar a considerar que parte de la estructura de imputación del art. 164 (o sea, que se presume el dolo o culpa grave siempre que las conductas que describe generen o agraven la situación de insolvencia), no puede ser así en una adecuada interpretación del sistema legal. La única coherente es que el art. 165 LC tipifica tres conductas cuya mera realización determina la calificación de concurso culpable, entre ellas la del retraso en la solicitud del concurso conforme al art. 5 LC, si bien admite la prueba en contrario referida al dolo o culpa grave, de modo que el deudor o la persona afectada por la calificación podrán alegar y probar la inexistencia de dolo o culpa grave (en este caso en la tardanza en presentar la solicitud de concurso)”.**

Rechazábamos, por tanto, aquella interpretación, mantenida por otros tribunales, que supeditaban la presunción del artículo 165 a que las conductas que describe la norma hubieran generado o agravado la insolvencia.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en una primera sentencia de 17 de noviembre de 2012 (ROJ 8004/2011), analizó el alcance del artículo 165, concluyendo que el requisito de la generación o agravación de la insolvencia debe observarse inexcusablemente en cada una de las conductas contempladas en dicho precepto, *“que sólo presume –dice dicha sentencia-, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave. El art. 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos de los arts. 164.1 y 164.2, sino que es una norma complementaria de la del art. 164.1 en el sentido de que presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia. Si éste no concurre, los supuestos del art. 165 LC son insuficientes para declarar un concurso culpable.”*

Esta Sala (sentencia de 20 de enero de 2012, ROJ 3301/2012) ajustó su criterio a la nueva doctrina sentada por el Tribunal Supremo. Sin embargo, el Alto Tribunal, en sentencias de 21 de mayo (ROJ 4441/2012) y 20 de junio de 2012 (ROJ 4589/2912), matiza su anterior criterio y concluye que **la presunción del artículo 165 se proyecta tanto sobre el dolo o culpa grave, como sobre la generación o agravación de la insolvencia.** De este modo, la segunda de las sentencias, que cita la primera, señala que *“aquella norma – el artículo 165- contiene la presunción “iuris tantum” de la concurrencia de culpa grave o dolo, no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el*

apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia. De modo que tanto si se entiende que la presunción legal "iuris tantum", por la necesidad de evitar esfuerzos probatorios desmedidos, cumple funciones de identificación del tema necesitado de prueba, como si se considera que lo que hace es provocar un desplazamiento del "onus probandi", o ambas cosas a la vez, la conclusión ha de ser que el Tribunal de apelación aplicó correctamente el artículo 164, apartado 1, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso".

Ello nos obliga a modificar nuevamente nuestro criterio, acomodándolo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esto es, acreditada alguna de las conductas del artículo 165, habrá que presumir que el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

TERCERO.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, reconocido por el deudor la demora en la solicitud del concurso, a él le correspondía, para eludir la declaración de culpabilidad, la carga de acreditar que no medió dolo o culpa y que, en cualquier caso, el retraso no generó o agravó la insolvencia, cosa que no ha hecho. Es más, como afirma la sentencia de instancia, el pasivo se incrementó durante la demora, generándose nuevas deudas que no se hubieran producido de estar sometida la concursada al control de la administración concursal o que sólo lo hubieran sido de beneficiar a la masa. La insolvencia, por tanto, se agravó durante la demora.

Tanto en la oposición como en el recurso la concursada alega que solicitó o amplió préstamos, avalados por los administradores, extremo que no acredita. También alude, en términos generales, a que la sociedad "hizo cuanto estuvo en sus manos" para intentar "reflotar la empresa" y mantener los puestos de trabajo, alegación que debe rechazarse por falta de concreción. **Ninguna prueba obra en autos, por otro lado, de que trabajos pendientes justificaran mantener la actividad.** Por último, en cuanto a la crisis generalizada del sector en el que desarrolla su actividad la concursada, como sostiene con acierto la sentencia de instancia, justificaría la situación de insolvencia, no su agravación.

Por todo ello debe desestimarse el recurso, sin entrar en el análisis de los pronunciamientos de condena de las personas afectadas por la calificación, dado que no han sido objeto de impugnación por la concursada recurrente.

CUARTO.- En cuanto a las costas, atendidas las dudas de derecho suscitadas y los distintos criterios jurisprudenciales sobre la materia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394, no es procedente hacer pronunciamiento alguno.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 363/2012, de 8 de Noviembre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Respecto al **art. 165. 3º LC**, no es preciso que la conducta imputada (**no haber presentado las cuentas anuales**) haya sido generadora o agravadora de la insolvencia; basta constatar su existencia para que deba presumirse, salvo prueba en contrario, el dolo o culpa grave, y por ende, la culpabilidad del concurso.

En cuanto a la conducta generadora de culpabilidad, la **falta de tesorería** no justifica el incumplimiento de un deber legal (en este caso el de auditar y aportar las cuentas). En el caso, si decide no solicitar el concurso y continua adelante la actividad, se presume que contaba con un mínimo de recursos de tesorería para ello.

Notas: Referencia a la matización de la doctrina del TS en su Sentencia de 6 de octubre de

2011, operada por SSTS de 21 de mayo y 29 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de F.A., S.L. con fundamento en lo previsto en la causa del art. 165.3º LC, al no haber aportado al Registro Mercantil las cuentas correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009, esto es, los inmediatamente anteriores a la solicitud del concurso, considerando como persona afectada por tal calificación a su administrador Sr. J.B.V. A la vez que dispuso su inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de dos años.

2. El recurso de la concursada y de su administrador Sr. J.B.V. se funda en los siguientes motivos:

A) Inexistencia de la necesaria relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto afectado por la calificación y la generación o agravamiento de la insolvencia.

B) No concurre la presunción del ordinal 3.1 del art. 165 LC por el hecho de que los libros de contabilidad no se encontraran legalizados y, aparte, no es cierto que no lo estuvieran.

C) La falta de aportación de las cuentas estaba justificada por los problemas de tesorería por los que pasaba la sociedad, que le impedían contratar a un auditor para que auditara sus cuentas.

SEGUNDO. 3. El primer motivo del recurso plantea una cuestión polémica sobre la que la jurisprudencia del TS ha sostenido posturas poco precisas y sobre las que esta Sala ha cambiado de criterio en dos ocasiones para adaptarse a ella. La cuestión consiste en la **interpretación que debe hacerse del alcance de las presunciones *iuris tantum* del art. 165 LC.**

Esta Sala vino entendiendo que la estructura de imputación del art. 165 LC únicamente atiende a la realización del acto y al establecer una presunción de dolo o culpa grave la misma alcanza tanto a la culpabilidad como al agravamiento de la insolvencia, de manera que no es necesario, para que opere la presunción, que las conductas contempladas en cada uno de sus ordinales hayan generado o agravado la insolvencia (así en nuestra Sentencia de 16 de Junio del 2011 -ROJ: SAP B 8909/2011-, entre otras muchas, como las de 29 de noviembre de 2007 y 6 de abril de 2011). Por consiguiente, rechazábamos aquella interpretación mantenida por otros tribunales que supeditaban la presunción del art. 165 LC a que las conductas que describe la norma hubieran generado o agravado la insolvencia.

Rectificamos nuestro criterio en la **Sentencia de 25 de enero de 2012** (Rollo 360/2011) para adecuarlo al que resultaba de diversos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, concretamente las **SSTS de 6 de octubre de 2011** (Roj: STS 6838/2011) y 17 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8004/2011). El TS sostuvo en esos dos pronunciamientos, y luego lo reiteró en la STS de 16 de enero de 2012 (ROJ: STS 525/2012), que el **art. 165.1º LC no establece un tercer tipo de imputación, distinto a los dos que resultan del art. 164 sino que es una concreción del establecido en el art. 164.1 LC, conforme al cual el concurso se calificará culpable cuando en la generación o agravamiento de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus representantes legales. Conforme a esa doctrina, la conducta del art. 165. 1º LC no contiene otra cosa que una presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, pero no exonera de la exigencia del requisito de que la conducta imputada sea causal desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia.**

No obstante, el **Tribunal Supremo ha matizado su posición** en resoluciones ulteriores (SSTS de 21 de mayo -ROJ: STS 4441/2012- y 29 de junio de 2012 -ROJ: STS 4589/2012-), lo que nos ha llevado, muy recientemente, a cambiar de nuevo de posición y volver a la posición que originariamente veníamos manteniendo. Así lo hicimos en nuestra resolución de fecha 23 de octubre pasado (Rollo 223/2011) y lo mantenemos en la presente.

4. Por consiguiente, no podemos compartir el primero de los motivos del recurso, pues estamos de acuerdo con la resolución recurrida en que **no es preciso que la conducta imputada (no haber presentado las cuentas anuales) haya sido generadora o agravadora de la insolvencia. Basta**

constatar su existencia para que deba presumirse la culpabilidad del concurso, sin perjuicio de que la concursada pueda enervar la presunción por medio de la acreditación de que la falta de aportación de las cuentas obedeció a razones ajenas a su intención dolosa o a negligencia por su parte. No es preciso, por tanto, que la AC pruebe que la conducta imputada haya podido ser relevante desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, lo que, por otra parte, sería poco probable que ocurriera dada la naturaleza de esa conducta.

Ese es el motivo esencial por el que no puede sostenerse la exigencia de que la conducta sea relevante desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, ya que esa exigencia comportaría vaciar de contenido la norma.

TERCERO. 5. El segundo de los motivos del recurso no está referido a la resolución judicial (que no consideró necesario entrar en esta cuestión) y se dirige a discutir directamente la **propuesta de calificación de la AC que consideró que también podía fundar la calificación culpable el hecho de que los libros de contabilidad no se hallaran debidamente legalizados.**

6. Tiene razón la AC en que esta cuestión **no es procedente que sea examinada en el recurso cuando la resolución recurrida no ha fundado en ella la calificación culpable.** Por ello no entraremos en otras consideraciones.

CUARTO. 7. El tercer motivo del recurso combate la razón por la que la resolución recurrida ha considerado culpable el concurso. El juzgado mercantil consideró que **la falta de tesorería puede explicar, pero no justificar, que la concursada incumpliera el deber legal de auditar sus cuentas, lo que determinó que no pudiera presentarlas en el Registro Mercantil.** Frente a ello aducen los recurrentes las mismas razones que ya opusieron al oponerse a la propuesta de calificación realizada por la AC (de hecho se limita a transcribirla literalmente) y que se resumen en la alegación de que si no aportó las cuentas fue como consecuencia de los problemas de tesorería que tenía la sociedad a partir de mediados de 2008, que le impidieron contratar a un auditor.

8. Tampoco podemos compartir este motivo del recurso. La resolución recurrida ha expresado certeramente lo que puede decirse sobre el particular, que **la presunta falta de tesorería no puede justificar el incumplimiento de un deber legal (el de auditar y aportar las cuentas), particularmente cuando la concursada ni siquiera solicitó durante todo el año 2008 el concurso, que esperó a solicitar en octubre de 2009.** Por consiguiente, es poco razonable que el administrador considerara que podía continuar adelante la actividad y, en cambio, que careciera de recursos para algo tan básico como poder auditar las cuentas para aportarlas al RM. **Si decidió no solicitar el concurso y continuar adelante la actividad a mediados de 2008, debemos presumir que es porque contaba con un mínimo de recursos de tesorería para ello. Por consiguiente, no tiene justificación que no cumpliera con la obligación legal.**

QUINTO. 9. En cuanto a las costas, a pesar de que el recurso resulte desestimado, consideramos que no debemos hacer imposición de las costas apreciando dudas de derecho, dudas que están justificadas por la diversidad de criterios que sobre esta cuestión se han seguido en la jurisprudencia y de la que esta misma Sala se ha hecho eco cambiando su postura hasta en dos ocasiones en un lapso de tiempo corto.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 401/2012, de 29 de Noviembre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: No se considera infracción de la **prejudicialidad penal**, la calificación culpable de una conducta: cada proceso (penal o concursal) debe seguir su propia suerte y la existencia de uno de ellos interfiere en el otro.

No son de aplicación en el proceso concursal la **presunción de inocencia** ni las reglas

propias del proceso penal respecto a la actividad probatoria. No existe **violación de la cosa juzgada** ni **infracción del principio *non bis in idem*** porque sólo se existe en procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores, carácter que no tiene el proceso concursal ni ninguno de sus incidentes.

En el **desvío de una importante cantidad** a otra sociedad, basta que exista conocimiento del perjuicio que del acto se deriva para los acreedores de la concursada, para ser causa de la calificación de culpabilidad por el art. 164.2 4º LC.

Es culpable y responsable el administrador de la concursada que en el acta de reconocimiento de deuda **consiente y propicia el expolio** de sus derechos en beneficio de una sociedad tercera. Esa acta de reconocimiento se convierte en la admisión del administrador social sobre un acto fraudulento para los intereses de la concursada, sin el conocimiento ni el consentimiento de los demás integrantes del consejo de administración.

La **responsabilidad por daños** del art. 172.2 3º LC presupone que exista, además de un hecho dañoso, el necesario nexo de causalidad entre el mismo y el daño causado. Es claro el nexo causal de la insuficiencia de activos, cuando se han desviado fondos del patrimonio de una sociedad que han impedido poder atender a deudas sociales de la concursada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de BUT., S.L., considerando como personas afectadas por tal calificación a J.L.G.L., a la vez que dispuso que resultara inhabilitado para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de cinco años y le condenó a pagar a la masa la cantidad de 1.603.139,34 euros en concepto de responsabilidad concursal.

Los hechos que justifican tal decisión fueron los siguientes:

- a) BUT., S.L. fue constituida el 27 de junio de 2006 por tres socios: V.C., S.L.U. (40%), F.S. (40%) y S.E., S.L. (20%). Su objeto consistió en explotar los derechos de la obra G..
- b) Su órgano de administración estaba integrado por un consejo de administración que el día de su constitución nombró como consejero delegado a J.L.G., quien ejerció su cargo hasta el 17 de abril de 2009, fecha en la que dimitió.
- c) S.E., S.L., sociedad que también administraba el Sr. J.L.G., había adquirido los derechos de explotación para España de la obra G., derechos que cedió a BUT., S.L. por el precio de 86.000 euros.
- d) La obra se representó con gran éxito en Barcelona entre el 14/9/2006 y el 6/1/2008. El 29 de septiembre de 2008 se estrenó en Madrid.
- e) S.E., S.L., administrada por el Sr. J.L.G., arrendó los teatros donde la obra se representó tanto en Barcelona como en Madrid y las sociedades que los explotaban le liquidaban semanal o mensualmente las recaudaciones obtenidas con la representación de la obra. Las cantidades obtenidas las habría tenido que ingresar íntegramente en BUT., S.L., titular de los derechos de explotación, cosa que no ocurrió.
- f) Entre marzo y abril de 2009, ante la paradoja de que la obra estaba teniendo un gran éxito y las cuentas de BUT., S.L. reflejaban resultados negativos, los consejeros representantes de F.S. y V.C., S.L.U. exigieron al Sr. J.L.G. explicaciones. El 17 de abril de 2009 el Sr. J.L.G., además de presentar la renuncia a su cargo, reconoció adeudar a BUT., S.L. la cantidad de 1.603.139,34 euros como consecuencia de diferencias entre las liquidaciones practicadas a S.E., S.L. y por ésta a BUT., S.L..

2. El recurso del Sr. J.L.G. se funda en los siguientes motivos:

A) Infracción del **derecho a obtener la tutela efectiva** por cuanto el juzgado mercantil ha actuado como si fuera un juzgado penal sin aplicar los principios y garantías propios de aquel y **vulnerando** lo establecido en el art. 40 LEC, esto es, la **prejudicialidad penal**.

- B) Infracción del **principio de la presunción de inocencia**.
- C) Infracción del **principio constitucional de seguridad jurídica**.
- D) **Error en la valoración de la prueba** e infracción de los arts. 5, 164.1 y 165.1 LC.
- E) Del acta notarial de reconocimiento de deuda no se derivan actos personales del Sr. J.L.G. sino de S.E., S.L.

SEGUNDO. 3. El primer motivo del recurso imputa a la resolución recurrida haberse inmiscuido en cuestiones propias de la jurisdicción penal al imputar al Sr. J.L.G. la comisión de diversos delitos, sin tomar en consideración que sobre los mismos hechos está conociendo un juzgado penal e infringiendo, además del derecho a la tutela efectiva, porque no se han respetado las garantías propias del proceso penal, el derecho al juez natural y el art. 40 LEC, que impide al juez civil (lo que incluye al mercantil) conocer de cuestiones propias del orden penal. El cuarto motivo reitera la alegación de infracción del art. 40 LEC.

A ambos motivos nos referimos de forma conjunta.

4. El art. 189 de la Ley Concursal (LC) establece que la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste. Lo que ha pretendido el legislador con esa norma es precisamente evitar lo que el recurso pretende, esto es, que la existencia de un proceso penal pueda interferir el buen orden del proceso concursal. Por esa razón, aun cuando pueda existir una indudable relación o coincidencia entre los hechos objeto del proceso penal que afirma el recurso que se está siguiendo y los hechos que han determinado la calificación culpable, no por ello resulta de aplicación en el caso el art. 40 LEC, porque el art. 189 LC es norma especial y permite que el juez del concurso resuelva sobre todos sus incidentes con independencia de la existencia de posible prejudicialidad penal.

5. Tampoco podemos compartir que exista infracción alguna del derecho a la tutela efectiva. El juez del concurso debe atenerse a los principios de enjuiciamiento establecidos en la Ley Concursal, no a los de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No le corresponde juzgar conductas penales sino calificar el concurso, de acuerdo con lo establecido en el Título VI de la LC (art. 163 y siguientes). Y eso es lo que ha hecho, sin excederse en su cometido, pues **se ha limitado a apreciar la existencia de una causa de culpabilidad, la del art. 164.2.4 LC y a establecer las consecuencias civiles oportunas, esto es, la calificación culpable y la imposición de la sanción civil correspondiente, así como a condenar al administrador a la cobertura del déficit patrimonial que su conducta ha originado en la masa de la concursada.**

El hecho de que la conducta que ha determinado esa calificación pueda merecer, además, reproche penal, es una cuestión completamente ajena al proceso concursal, como también es ajeno al proceso penal lo resuelto en el proceso concursal (art. 260.3 y 4 Código Penal). En suma, **cada proceso debe seguir su propia suerte y la existencia de ninguno de ellos interfiere en el otro.** Eso es lo que se deriva de la consideración conjunta de los arts. 189 LC y 260.3 y 4 CP.

TERCERO. 6. El segundo motivo del recurso denuncia infracción del principio de la presunción de inocencia porque el Sr. J.L.G. ha negado siempre los hechos y no se han practicado medios de prueba que permitan considerar destruida la referida presunción.

7. Tampoco puede prosperar este motivo porque **la presunción de inocencia es un principio constitucional de aplicación exclusivamente en el proceso penal y en el procedimiento administrativo sancionador y la sección de calificación del concurso no participa de la naturaleza de ninguno de ellos, pese a que su objeto pueda consistir en la imposición de sanciones de carácter civil (la inhabilitación).**

Y tampoco son de aplicación en el proceso concursal las reglas propias del proceso penal respecto a la actividad probatoria relevante para enervar la presunción de inocencia.

8. La resolución recurrida ha justificado su apreciación de que el Sr. J.L.G. **ha desviado una parte sustancial del patrimonio de la concursada para fines propios** (al menos de forma indirecta, pues ha interpuesto una sociedad que controla, S.E., S.L.) **en el propio reconocimiento de deuda que el mismo**

hizo en acta notarial. Ello es medio de prueba suficiente para sostener la calificación culpable del concurso.

CUARTO. 9. Igual suerte que los anteriores motivos debe correr el tercero que denuncia infracción del principio constitucional de seguridad jurídica, principio que se relaciona con la prohibición del *non bis in idem* y la violación de la cosa juzgada. Lo que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución es suficiente para justificar la absoluta falta de fundamento de las alegaciones del recurrente.

No existe violación de la cosa juzgada porque no existe ningún pronunciamiento penal que la produzca. Y tampoco podría existir esa violación aunque existiera pronunciamiento penal firme porque el objeto de cada uno de esos procesos es distinto, de forma que no actúa la cosa juzgada entre ellos. Por esa razón tampoco debiera existir ninguna eficacia prejudicial de lo resuelto en este proceso en el posterior juicio penal, si bien esta cuestión no es a nosotros a quien deba preocupar.

No existe infracción del principio *non bis in idem*, ni podría tampoco existir, porque la misma solo guarda relación con procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores, carácter que no tiene el proceso concursal ni ninguno de sus incidentes.

QUINTO. 10. El quinto motivo del recurso denuncia error en la valoración de la prueba e infracción, por inaplicación, de los arts. 5, 164.1º y 165.1º LC. Estima el recurrente que la prueba practicada no desvirtúa un hecho muy trascendente, en opinión del recurrente, que las pérdidas sufridas por la concursada son muy superiores (del orden de los cuatro millones) a las que se imputan al Sr. J.L.G. y son consecuencia de la gestión de los administradores que le sucedieron, sin que se hayan extraído de ello las consecuencias relevantes. Se justifican tales alegaciones aduciendo que:

- a) En abril de 2009 cuando S.E., S.L. (sociedad de la que el Sr. J.L.G. también era administrador) reconoció estar adeudando a la concursada 1.603.139,34 euros, la sociedad se encontraba al corriente en el pago de todas sus obligaciones y un año después las pérdidas acumuladas importaban la cantidad de cuatro millones de euros, lo que es especialmente grave si se considera que durante ese periodo de tiempo la sociedad carecía de actividad.
- b) Nadie ha reclamado a S.E., S.L. la deuda que ésta reconociera tener con la concursada durante el año siguiente, preconstituyendo con ello la causa de culpabilidad para imputarla al Sr. J.L.G.
- c) Se ha obviado que las actividades de BUT., S.L. (la representación de la obra G.) fueron continuadas por S.E., S.L.
- d) Se ha obviado que los nuevos administradores tardaron más de un año en instar el concurso de BUT., S.L. cuando afirman que estaba en insolvencia desde el momento del cese del Sr. J.L.G.
- e) No puede hablarse de ocultación o engaño cuando en la contabilidad de ambas sociedades (BUT., S.L. y S.E., S.L.) aparecían las relaciones que tuvieron lugar entre ambas y que determinaron la generación de la deuda que ha terminado determinando la calificación culpable. Y cuando, simultáneamente, la concursada es acreedora de la sociedad F.S., a su vez titular de un 40% del capital social de la concursada.
- f) No puede sostenerse que las otras dos entidades socias de la concursada (F.S. y V.C., S.L.U. 360) fueran ajenas a la deuda que la misma tenía porque disponían de medios de control para estar al corriente.

11. El administrador concursal se opone a este motivo alegando, en síntesis, que:

- a) La eventual tardanza de los administradores que sustituyeron al Sr. J.L.G. en la administración de la concursada en solicitar la declaración no afecta para nada a la causa por la que se ha declarado culpable el concurso. Esa causa no se introdujo en la propuesta de calificación y no puede ser objeto de consideración en el recurso.
- b) Está acreditado el alzamiento de bienes practicado por el Sr. J.L.G.
- c) Aunque el alzamiento se detectara en abril de 2009 y el concurso no se instara hasta junio de 2010, los actos que acometieron los administradores que sustituyeron al Sr. J.L.G. no justifican que se les pueda imputar la declaración de culpabilidad. Intentaron recuperar la deuda, las socias hicieron una aportación patrimonial y, una vez constatada la inviabilidad de la sociedad, en noviembre de 2009, acordaron la disolución de la sociedad.

Valoración del tribunal

12. Para dar respuesta a la pluralidad de cuestiones que este motivo plantea, muy heterogéneas entre sí, es preciso partir de la exposición de los antecedentes procesales que llevaron al juez del concurso a dictar la resolución recurrida. Los relevantes son los siguientes:

a) El administrador concursal en su propuesta de calificación propuso la **calificación culpable a consecuencia, exclusivamente, de una causa, las salidas fraudulentas de recursos del patrimonio de la concursada**, salidas que cuantificó en la cantidad de 1.603.139,34 euros y concretó en los actos del consejero delegado Sr. J.L.G., quien actuando en la doble condición de administrador de la concursada y de una de sus socias, S.E., S.L., **desvió recursos que deberían haber entrado en el patrimonio de la concursada al de la socia**.

b) A esa propuesta de calificación únicamente formuló oposición el Sr. J.L.G., para interesar que no se le considerara persona afectada por la calificación culpable del concurso.

13. Por consiguiente, la resolución recurrida debía limitar su examen, como efectivamente hizo, a resolver sobre la propuesta de calificación formulada por el administrador concursal y en los términos en los que la misma aparecía cuestionada por la única oposición que frente a ella se formuló, la del Sr. J.L.G. No podía, por ello, el juzgado mercantil tomar en consideración causas distintas de culpabilidad, ni siquiera en el caso de que las mismas hubieran sido previamente propuestas o insinuadas por terceros, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, en el que S.E., S.L. compareció en el trámite previo a la propuesta de calificación, dirigida por el mismo letrado del Sr. J.L.G., y propuso otras causas de calificación culpable que el administrador concursal no tomó en consideración. Ni el juzgado mercantil podía tener en cuenta esas otras causas sin que nadie las hubiera introducido correctamente en el debate ni tampoco este tribunal las puede considerar.

Y no se pueden considerar válidamente introducidas en el debate por el mero hecho de que S.E., S.L. hiciera referencia a ellas en el escrito formulado al amparo del art. 168.1 LC porque el mismo únicamente persigue ilustrar al AC para que realice su propuesta de calificación del concurso a partir de todos los hechos que considere relevantes para la calificación.

Por tanto, no entraremos en ninguna de las cuestiones que el recurso plantea en solicitud de que el concurso se declare culpable por causas distintas y con la consideración de otras personas afectadas distintas a las que la resolución recurrida consideró. Debemos limitar nuestro examen a **si era procedente la causa de culpabilidad que ha determinado la calificación culpable y a si merecía la consideración de persona afectada el Sr. J.L.G., porque los términos del proceso no nos permiten otra cosa**.

14. Ninguna de las razones opuestas por el recurrente permiten cuestionar el acierto de la resolución recurrida al calificar culpable el concurso por la causa de culpabilidad prevista en el art. 164.2.4º LC, al **no discutirse el hecho fundamental que ha justificado esa calificación, esto es, el desvío de una importante cantidad que debió haber entrado en el patrimonio de la concursada y no lo hizo sino que resultó desviada a otra sociedad administrada por el Sr. J.L.G.**

A tales efectos **tampoco es relevante que la contabilidad de cada una de las sociedades reflejara el destino de las cantidades desviadas ni es exigible que el Sr. J.L.G. utilizara un especial ánimo de engaño respecto de sus demás socios, sino que basta que exista conocimiento del perjuicio que del acto se deriva para los acreedores de la concursada**.

SEXTO. 15. El sexto motivo del recurso del Sr. J.L.G. se funda en que la resolución recurrida ha extraído consecuencias inadmisibles del acta de reconocimiento de deuda de fecha 17 de abril de 2009 sin advertir que en ella el Sr. J.L.G. no actuaba a título personal sino como administrador de S.E., S.L.

16. Tampoco podemos compartir este motivo del recurso. Lo relevante no es que el Sr. J.L.G. actuara como administrador de S.E., S.L. sino que era **administrador (a título personal) de la concursada BUT., S.L., entidad de la que era consejero delegado. Es en esta condición en la que se le imputa responsabilidad y del acta de reconocimiento de deuda resulta que, en su calidad de consejero delegado de la concursada, consintió y propició el expolio de sus derechos en beneficio de un tercero, la sociedad S.E., S.L.** El reconocimiento de la deuda de S.E., S.L. con BUT., S.L. no es otra

cosa que el explícito reconocimiento del alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores de BUT., S.L. que con anterioridad había llevado a cabo. Esto es lo realmente trascendente, que desvió a S.E., S.L., sociedad que controlaba, bienes que deberían haber entrado en el patrimonio de la concursada. Y no se trata de un simple reconocimiento de deuda sino la **admisión de un acto fraudulento para los intereses de la concursada llevado a cabo por el Sr. J.L.G. sin el conocimiento ni el consentimiento de los demás integrantes del consejo de administración.**

17. Por otra parte, que el agujero patrimonial que presentaban las cuentas de la concursada en el momento de instar el concurso fuera muy superior (unos cuatro millones de euros) a la cantidad que se imputa al Sr. J.L.G. como desviada a favor de su sociedad, no puede justificar la conducta que se le imputa a él y que ha merecido su condena personal. La posible responsabilidad de otros no excluya la suya, esto es, lo único relevante.

SÉPTIMO. 18. El séptimo motivo del recurso denuncia error en la valoración de la prueba e infracción de doctrina legal respecto del nexo de causalidad entre la deuda de S.E., S.L. y la insolvencia sufrida por la sociedad un año más tarde. Como justificación del motivo se citan sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal y otras que, aunque posteriores, guardan relación con el art. 133 TRLSA, norma que explícitamente cita el motivo.

19. La responsabilidad concursal tiene una explícita regulación en el art. 172 LC, así como en el art. 172-bis, tras la reforma operada por Ley 38/2011. De esas normas se derivan dos acciones de responsabilidad: (i) una de responsabilidad por daños, regulada en el art. 172.2, 3º LC; (ii) otra de responsabilidad por descubierto patrimonial que se encontraba regulada en el art. 172.3 y actualmente se ha residenciado en el art. 172-bis LC.

20. La resolución recurrida ha condenado al Sr. J.L.G. a la **responsabilidad por daños del art. 172.2, 3º LC, esto es, a una responsabilidad por daños**, cuya estructura se aproxima mucho a la responsabilidad por daños del art. 133 TRLSA (actual art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital). Por consiguiente, esa **responsabilidad presupone que exista, además de un hecho dañoso, el necesario nexo de causalidad entre el mismo y el daño causado.** El hecho dañoso es evidente y ya ha sido suficientemente ilustrado en los motivos anteriores; el daño consiste en la insuficiencia de la masa para atender a las deudas de la sociedad; el nexo causal, al contrario de lo que entiende el recurrente, nos parece evidente porque **los fondos desviados del patrimonio de la sociedad han impedido poder atender, al menos en parte, a deudas sociales de la concursada.**

OCTAVO. 21. El octavo y último de los motivos del recurso cuestiona el importe de la responsabilidad a que ha sido condenado el recurrente. Estima el recurso que la cifra a la que ha sido condenado el Sr. J.L.G. es una cantidad bruta, esto es, que incluye el IVA y el Impuesto de Sociedades, razón por la que de mantenerse el pago a dicha cantidad se estaría enriqueciendo injustamente BUT., S.L.

22. Tampoco este motivo del recurso puede ser acogido. Olvida el recurrente que el destino de la cantidad a la que ha sido condenado no es BUT., S.L. sino su masa pasiva, esto es, sus acreedores, lo que incluye a la hacienda pública.

NOVENO. 23. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

[Sentencia nº 77/2013, de 20 de Febrero de 2013.](#)

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: El art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la **calificación de concurso culpable “en todo caso”** en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia

Culpabilidad por retraso en la solicitud, después de que el principal proveedor rescinde el contrato de concesión que tiene suscrito.

Legalización de los libros de comercio en las vísperas de la solicitud de concurso.

No debe confundirse el **presupuesto objetivo del concurso, que es la insolvencia**, con los indicios que revelan ese estado

Acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165 LC, opera la presunción *iuris tantum* de que con tales conductas, el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. Por tanto, la **carga de la prueba en contrario**, la posee la concursada y su administrador.

En cuanto a la **cuantía de la condena del art. 172 bis**, se debe valorar en su conjunto las conductas imputables al administrador social que determinan la calificación de concurso culpable, y se debe graduar la condena en atención al pasivo generado durante el período de demora en la solicitud de concurso por considerar que, en la medida de ese pasivo incrementado, la tardía solicitud agravó la insolvencia.

Notas: Referencia la reiteración del nuevo criterio del Tribunal Supremo en la materia, SSTS de 6 de octubre de 2011, 17 de noviembre de 2011, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, 19 de julio de 2012..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada calificó como culpable el concurso de AUT., S.A., declaró persona afectada por la calificación a su administradora de derecho Sra. M.A.C.C., a la que condenó a la sanción de inhabilitación prevista en el art. 172.2.2º LC por el período de dos años y a la pérdida de cualquier derecho que pudiera ostentar en el concurso y, así mismo, de conformidad con el art. 172.3 LC (actual art. 172 bis), condenó a la citada administradora a pagar a los acreedores concursales el déficit concursal hasta un máximo de 1.047.796,94 euros.

La concursada y su administradora apelan tanto el pronunciamiento relativo a la declaración de concurso culpable como la condena basada en la responsabilidad concursal, impugnando en todo caso la cuantía de esta última.

SEGUNDO. 2. El contexto básico incontrovertido que justificó la solicitud de concurso (según alegó la concursada en el escrito de solicitud y memoria acompañada) es el siguiente.

AUT., S.A. fue constituida en el año 1987 para desarrollar la actividad de adquisición y reventa de vehículos de motor nuevos o usados, recambios y accesorios, de su reparación, reconstrucción y acondicionamiento, y servicios y suministros auxiliares. Ha venido dedicándose principalmente a la venta y reparación de vehículos de la marca HONDA en el marco de un contrato de concesión comercial, que la empresa fabricante extinguió unilateralmente en julio de 2007 con efectos a partir del 12 de septiembre de 2009, alegando la pérdida de la confianza en la concesionaria.

La Sra. M.A.C.C., tras el fallecimiento de su esposo en 2004, devino titular de la mayoría del capital social (el 52,94 %) y fue nombrada administradora única por acuerdo de la junta general adoptado el 18 de enero de 2007, elevado a público por escritura de 10 de mayo de 2007.

La concursada expuso en la memoria que la situación de insolvencia actual, al tiempo de ser solicitado el concurso, fue debida a la crisis del sector, que provocó una brusca bajada de ventas en el primer semestre de 2009, junto con la negativa de las entidades financieras a renovar o conceder más financiación, que era necesaria para mantener una estructura de costes que originaba gastos superiores a los ingresos, y en este escenario cobró efecto la extinción del contrato de concesión comercial con HONDA, todo lo cual originó un déficit de tesorería.

La solicitud de concurso voluntario fue presentada el 30 de julio de 2009 y fue declarado por auto de 16 de septiembre de 2009.

3. En el escrito de oposición a la pretensión de calificación culpable, la Sra. M.A.C.C. manifestó sus circunstancias subjetivas, a fin de que fueran consideradas a estos efectos: es una persona de 72 años, viuda desde 2004 del Sr. A.B., gestor de AUT., S.A. y de quien dependía en todos los aspectos; toda su vida se había dedicado exclusivamente a las labores del hogar familiar; tras el fallecimiento de su esposo se convirtió en socia mayoritaria de la sociedad y asumió el cargo de administradora única en enero de 2007; nunca fue advertida ni asesorada de las responsabilidades que acarrea el cargo y carece de los mínimos conocimientos jurídicos y empresariales; su actuación, en fin, ha estado viciada por error en el consentimiento prestado al aceptar el cargo de administradora.

Este error en el consentimiento no es reproducido como motivo de apelación, por lo que no entraremos en esta cuestión. Pero interesa destacar que la administradora de derecho desde enero de 2007, pese a las circunstancias subjetivas descritas, asumió el cargo y la consiguiente responsabilidad y deberes legales, sin alegar en momento alguno que existiera un administrador de hecho al que debieran ser imputables, como persona afectada, en lugar de ella, las conductas determinantes de la calificación culpable del concurso.

TERCERO. 4. La administración concursal (AC) admitió en su escrito de calificación la confluencia de varias causas determinantes de la insolvencia, principalmente la crisis del sector y la extinción del contrato de concesión comercial, pero consideró que la insolvencia se vio agravada por la negligente gestión llevada a cabo por la Sra. M.A.C.C., por no haber adoptado ninguna medida organizativa o estructural correctora ante el aviso de extinción del contrato de concesión, permaneciendo pasiva ante unos costes que superaban los ingresos.

5. La AC fundamentó la calificación de concurso culpable en las siguientes causas o circunstancias determinantes de tal calificación.

A) Con base en el artículo 164.2.1º, que establece la calificación culpable *“en todo caso”* cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad (...) *“hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”*.

Expuso las siguientes irregularidades contables, graves y relevantes, que impiden o dificultan la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada:

a) Los libros de balances y diario de los ejercicios 2006, 2007 y 2008 fueron legalizados el 20 de julio de 2009, pocos días antes de ser presentada la solicitud de concurso, con infracción del art. 25 del Código de Comercio.

b) Las cuentas anuales del ejercicio 2007 fueron formuladas el 1 de junio de 2009 y aprobadas por la junta general el 17 de julio de 2009, es decir días antes de ser presentada la solicitud de concurso. En el informe de auditoría de dichas cuentas el auditor expresa una serie de salvedades que, dada su

relevancia, determinan que tales cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad al 31 de diciembre de 2007.

Tras efectuar los ajustes pertinentes en atención a tales salvedades, los fondos propios de la sociedad quedarían reducidos a la suma de 71.725 €, en lugar de los 255.921 € que reflejan las cuentas, por lo que la sociedad, al término del ejercicio de 2007, estaría incurso en causa de disolución por pérdidas que han reducido el patrimonio a una cifra por debajo de la mitad del capital social.

B) Por aplicación de la presunción de dolo o culpa grave establecida en el art. 165.1º LC, al haber existido retraso en la solicitud de concurso.

La concursada dejó de pagar las cuotas obrera y empresarial a la Seguridad Social desde octubre de 2008 (ascendiendo la deuda comunicada por la TGSS a 209.298 €), lo que constituye una de las presunciones de insolvencia contemplada en el art. 5.2 en relación con el 2.4 LC.

C) Por aplicación de la presunción del art 165.3 LC. No hacemos más comentarios porque la sentencia rechazó esta causa de calificación culpable.

D) Por concurrir el supuesto general que describe el art 164.1, en atención al comportamiento observado por la administradora. Argumentaba la AC que **ante el preaviso de HONDA**, en el primer semestre de 2007, **de extinguir el contrato de concesión comercial** con efectos a partir de septiembre de 2009, **la administradora permaneció pasiva, sin adoptar medidas tendentes a una ordenada liquidación, como era necesario, pues la viabilidad de la empresa tenía marcada una fecha de caducidad y además era imposible el mantenimiento de la estructura de medios materiales y humanos exclusivamente con los ingresos obtenidos por la actividad de taller y la venta de vehículos en stock, a lo que se añade el retraso en la solicitud del concurso.**

6. Sobre la base de lo anterior, la AC interesó la condena de la administradora, de conformidad con el art. 172.3 LC, al pago de la cantidad de 1.047.796,94 €, en la que cuantificaba el agravamiento de la insolvencia ocasionado por la tardía solicitud del concurso, cifra que se identifica con la diferencia entre el pasivo existente al cierre del ejercicio de 2008 (4.006.192,99 €, si bien en algún pasaje la AC indica que esta cantidad se corresponde con las pérdidas de dicho ejercicio) y el pasivo existente a la fecha de declaración del concurso (5.053.989,93 €).

CUARTO. 7. La sentencia del juzgado mercantil estimó que las irregularidades contables expuestas hacen realidad el supuesto del art. 164.2.1º LC, que determina en todo caso la calificación de concurso culpable sin necesidad de un nexo causal con la generación o agravamiento de la insolvencia.

De otro lado, por lo que respecta a la presunción del art. 165.1 LC, la sentencia sigue la doctrina iniciada por la STS de 6 de octubre de 2011 conforme a la cual dicho precepto no contiene un tercer criterio para declarar el concurso culpable respecto de los dos enunciados en el art. 164, sino que se trata de una norma complementaria de la del apartado 1 de este último, de modo que para calificar el concurso como culpable no basta con que haya tenido lugar la conducta descrita en el art 165, sino que es preciso conectarla con la generación o agravación de la insolvencia.

Desde esta perspectiva, la sentencia, tras apreciar la demora en la solicitud del concurso aceptando que la situación de insolvencia se produjo al término de 2008, estima que esta demora agravó la insolvencia, teniendo en cuenta que las pérdidas se incrementaron en la fecha de declaración de concurso respecto al ejercicio de 2008, el pasivo aumentó en más de un millón de euros y si la solicitud se hubiera presentado oportunamente se habría evitado el devengo de nuevas cuotas de Seguridad Social y salarios.

Apreciaba por ello, así mismo, la causa de concurso culpable del art. 164.1 LC.

8. A la hora de enjuiciar la responsabilidad concursal que prevé el art. 172.3 LC, el juez sigue las directrices interpretativas que marca la citada STS de 6 de octubre de 2011, sin exigir una vinculación

causal entre las conductas en las que se asienta la declaración de concurso culpable y la generación o agravación de la insolvencia. Tiene en cuenta a estos efectos, en valoración conjunta, la gravedad de la conducta relativa a las irregularidades contables que impiden o dificultan conocer la verdadera situación patrimonial de la sociedad (art. 164.2.1º), así como la relación de causalidad entre la demora en la solicitud del concurso y la agravación de la insolvencia, y termina condenando a la administradora al pago de la cantidad fijada por la AC.

La sentencia considera que esta cantidad no responde al criterio automático de imputación de todo el pasivo generado tras la fecha en que debió solicitarse el concurso, sino que contempla aquellos pasivos que se han traducido en pérdidas.

El recurso de la concursada y su administradora se basa en los motivos que seguidamente examinamos.

QUINTO. 9. Impugna en primer lugar la calificación de concurso culpable por la causa prevista en el art. 164.2.1º, con los siguientes argumentos:

a) la concursada ha llevado una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, ha recogido en ella todas sus operaciones y ha cumplido con las previsiones establecidas en el Código de Comercio;

b) el precepto debe ser interpretado de modo restrictivo;

c) las salvedades recogidas por el auditor en el informe relativo a las cuentas de 2007 no pueden ser subsumidas en dicho precepto ya que tales cuentas fueron aprobadas en julio de 2009 pocos días antes de ser presentada la solicitud de concurso, por lo que no pudieron haber provocado ningún tipo de confusión a los terceros, ni una dificultad para conocer la verdadera situación de la sociedad;

d) la exposición de las salvedades o irregularidades en el informe de auditoría impide la ocultación de la verdadera situación a los terceros.

10. Damos breve respuesta a estos motivos porque carecen de consistencia y eficacia para convencer de que no debe ser apreciada esta causa de calificación del concurso como culpable (causa que, de materializarse la conducta descrita en la norma, obliga a esta calificación "en todo caso").

La simple afirmación de la concursada (recogida en la anterior letra a) de que ha llevado una contabilidad ajustada a las normas y principios contables y con todos los requisitos formales, no desvirtúa la realidad, constatada por un experto independiente, de que las cuentas anuales de 2007 no expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, de los resultados de sus operaciones y de los recursos obtenidos al término de dicho ejercicio (esa fue la conclusión del auditor), requiriendo unos ajustes que, debidamente introducidos, revelan que la sociedad, en realidad, estaba incurso en causa de disolución imperativa por pérdida patrimonial desde finales de 2007 (contrariamente a lo que indicaban las cuentas), a lo que se añade la tardía legalización de los libros, precisamente cuando se va a presentar la solicitud de concurso, incumplimiento que compromete la credibilidad de su contenido.

No hay razón para una interpretación restrictiva del precepto (art. 164.2.1º LC), sino en sus justos términos: **si las irregularidades son de tal entidad y relevancia que impiden o dificultan conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad, ha de estimarse concurrente el supuesto de hecho de la norma, y así sucede en el caso presente, sin que la demandada haya aportado argumentos serios y concretos que permitan alcanzar una conclusión diferente.**

El hecho de que, con incumplimiento de la normativa societaria, las cuentas de 2007 fueran aprobadas excedido con creces del plazo legal y con pocos días de antelación a la presentación de la solicitud de concurso, no cambia la calificación conforme a dicho precepto. El argumento del recurso, de ser atendido, conduciría a eximir de la calificación culpable en atención a la dilación en la aprobación y depósito de las

cuentas (con la consiguiente ausencia de información puntual a los terceros), lo cual, en todo caso, no influye en la apreciación del supuesto de hecho descrito por la norma.

11. Como ha reiterado la **jurisprudencia** (STS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012, entre otras), el art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable “en todo caso” en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo precepto.

Se trata de conductas, dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII), que por su intrínseca naturaleza (es decir, por su especial gravedad, según estima la Ley), determinan esa calificación en todo caso.

SEXTO. 12. El recurso trata seguidamente sobre la declaración de concurso culpable por aplicación del art. 164.1 LC en relación con el 165.1º. Alega al respecto que:

a) No ha quedado acreditado que en el momento en que se produjo el impago de cuotas a la Seguridad Social la concursada se hallara en situación de incumplimiento generalizado de sus obligaciones.

b) No ha quedado acreditado que el retraso agravara la insolvencia. La AC no se ha detenido a examinar cuáles son los créditos o deudas que han agravado la insolvencia, y la sentencia realiza en este punto una improcedente inversión de la carga de la prueba.

13. Sobre el hecho objetivo del retraso en la solicitud del concurso (en atención al plazo que establece el art. 5 LC), ha de admitirse que efectivamente lo hubo, pues los indicios aportados apuntan a que esta situación o estado se manifestó al cierre del ejercicio de 2008.

No debe confundirse el **presupuesto objetivo del concurso, que es la insolvencia** (definida por el art. 2.2 LC como *el estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*), con los indicios que revelan ese estado, uno de los cuales es el “*sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones*” (art. 2.4.1º LC), y otro, también cualificado, el incumplimiento generalizado de **ciertas obligaciones como las de pago de cuotas de la Seguridad Social durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (art. 2.4.4º)**. El impago, durante ese período, de esta última clase de obligaciones constituye una presunción *iusuris tantum* de que el deudor ha conocido su estado de insolvencia, de conformidad con el art. 5.2 LC, lo que le obligaba a presentar la solicitud de concurso oportunamente y sin más dilación más allá del plazo de dos meses.

Consta en este caso el impago generalizado de cuotas de la Seguridad Social desde octubre de 2008; también, que ese ejercicio se cerró con pérdidas ascendentes a 1.812.590 €, y con fondos propios negativos por importe de 2.167.745 € (según el informe de la AC –f. 363- y las cuentas anuales de 2008 – f. 186-). La concursada y su administradora no han enervado la presunción establecida en el art 5.2 LC ni la significación del citado indicio en cuanto revelador del estado de insolvencia; no han probado que cuando se produjeron esos impagos al término del ejercicio de 2008 no existía la incapacidad para atender de forma regular sus obligaciones exigibles, y no puede decirse que la contabilidad aportada revele esa capacidad.

Por ello es coherente con tales indicios fijar el estado de insolvencia a inicios de 2009.

14. En el plano normativo, son necesarias algunas consideraciones previas sobre el alcance de la presunción del art. 165.1 LC.

De conformidad con la **doctrina jurisprudencial** (que ha motivado la modificación de la postura interpretativa que esta Sección 15ª venía manteniendo), el art 165 LC **no contiene un tercer criterio**

para calificar el concurso culpable aparte de los que describen los dos apartados del artículo 164, sino que se trata de *"una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1"*, pues manda presumir *"iuris tantum"* la culposa o dolosa causación o agravación de la insolvencia, desplazando así el tema necesitado de prueba y las consecuencias de que ésta no convenza al Tribunal; la norma presume el elemento del dolo o culpa grave, pero no excluye la necesidad del segundo requisito relativo a la incidencia en la generación o agravación de la insolvencia; si éste no concurre, los supuestos del art 165 son insuficientes para declarar un concurso culpable (STS de 6 de octubre de 2011, 17 de noviembre de 2011, 20 de abril de 2012, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, 19 de julio de 2012).

15. No obstante, la correcta y completa interpretación del art 165 LC exigía precisar el alcance de la presunción, que literalmente recae sobre el componente subjetivo (dolo o culpa grave) en el comportamiento que ha generado o agravado la insolvencia, pero, al construirse la presunción sobre otros comportamientos que suponen el incumplimiento de un deber legal, como el de solicitar el concurso en el plazo que indica el art. 5.1 LC, cabía preguntarse si la presunción legal, lógica o inevitablemente, se extiende así mismo a que ese comportamiento infractor de un deber legal (los que menciona el art. 165) ha contribuido a generar o a agravar la insolvencia, salvo prueba en contrario a cargo del concursado o de las personas afectadas por la calificación. Si no fuera así –estimamos- faltaría el enlace causal lógico y preciso entre los comportamientos descritos en el art. 165 que sirven de base de partida para presumir el dolo o la culpa grave en relación con los concretos comportamientos que han de integrar el enunciado general del art. 164.1, el cual a su vez –cabe concluir- puede llenarse con los comportamientos que describe el art. 165.

16. Creemos que en este sentido el TS ha matizado el alcance del art. 165 LC en las STS de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012, proyectando la presunción del precepto tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el art. 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

La STS de 20 de junio de 2012 que se apoya en la de 21 de mayo anterior, señala que el art. 165 constituye una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1, y contiene la presunción *iuris tantum* de la concurrencia de culpa grave o dolo, *"no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia"*, de modo que –prosigue-, *"tanto si se entiende que la presunción legal "iuris tantum", por la necesidad de evitar esfuerzos probatorios desmedidos, cumple funciones de identificación del tema necesitado de prueba, como si se considera que lo que hace es provocar un desplazamiento del "onus probandi", o ambas cosas a la vez, la conclusión ha de ser que el Tribunal de apelación aplicó correctamente el artículo 164, apartado 1, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso"*.

Es racional concluir a tenor de este planteamiento que, acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165, opera la presunción *iuris tantum* de que con tales conductas, descritas por este precepto, el deudor o en su caso su representante legal actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

17. En todo caso, el enunciado genérico del art. 164.1, que es una conducta idónea para generar o agravar la insolvencia, puede ser integrado, en términos de causalidad lógica, por lo menos, con la conducta que describe el apartado 1º del art. 165, pues el retraso en la solicitud de concurso es susceptible de incrementar un endeudamiento, y con ello un agravamiento de la insolvencia, que pudiera haberse evitado si el concurso hubiera sido solicitado oportunamente, en atención a los controles y soluciones de viabilidad que proporciona la declaración de concurso y el sometimiento a un órgano de fiscalización o que asuma las facultades de administración y disposición del deudor.

Es lógico, en fin, que la presunción del art. 165, rectamente orientada, si existe un enlace causal lógico o probable según las máximas de experiencia entre las conductas que contempla y la causación o agravamiento de la insolvencia, proyecte los efectos de la presunción legal tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de la comisión de los comportamientos que describe.

18. Dicho lo anterior, sobre la demandada pesaba la carga de desvirtuar la presunción de que el retraso en la solicitud de concurso no agravó la insolvencia, de modo que no se generó ningún pasivo en ese período de demora culpable, o que el generado a partir del inicio del ejercicio de 2009 hasta la declaración de concurso produjo un efecto neutro en la situación financiera y patrimonial de la sociedad, o bien fue necesario para la continuidad de la empresa y no produjo un incremento de las pérdidas (como, en sustancia, indica la sentencia apelada).

Sin embargo, los datos con que contamos evidencian que: las pérdidas al cierre del ejercicio de 2008 ascendieron a – 1.812.590 € (informe de la AC, f. 363; cuentas anuales de 2008, f. 186), y en el período de enero a septiembre de 2009 se producen pérdidas por importe de – 553.612 € (f. 363), que se acumulan a las anteriores; el pasivo total al término de 2008 era por importe de 4.006.192 €, y a la fecha de la declaración de concurso se ha incrementado hasta la cifra de 5.053.612 € (la diferencia, 1.047.796 €, es la reclamada por la AC por aplicación de la responsabilidad concursal ex art. 172.3).

Es decir, en el período de demora se incrementa el pasivo en 1.047.796 € y las pérdidas en 553.612 €.

La concursada y su administradora alegan en su defensa que la AC debió discriminar de ese pasivo incrementado en el período de demora el que realmente agravó la insolvencia, y denuncia una indebida inversión de la carga de la prueba.

19. Se desprende de cuanto se ha razonado que la sentencia apelada no ha desplazado ilegalmente la **carga de la prueba**, sobre los extremos relevantes a estos efectos, hacia la parte demandada, sino que se ha atendido a los efectos de la presunción legal. Era la **concurada y su administradora, favorecidas además por disponer de la facilidad y disponibilidad probatoria –art. 217.7 LEC–**, porque son quienes conocen los pormenores de la actividad que han desarrollado en los nueve meses anteriores a la declaración de concurso voluntario, quienes **debían probar que el pasivo generado en el período de demora no ha agravado la insolvencia** arrastrada desde finales de 2008, y que **las pérdidas padecidas en ese período son consecuencia natural, racional o fortuita del desarrollo de su actividad gestionada con la prudencia que debe observar un ordenado empresario.**

SÉPTIMO. 20. El último motivo del recurso impugna la cuantía de la condena que permite el art. 172.3 (actual art. 172 bis).

Alegan las apelantes los siguientes motivos de impugnación:

a) La condena que faculta dicho precepto debe ser puesta en relación con el art. 164.1 LC; es decir, debe estar vinculada en términos de causalidad a la medida en que la conducta determinante de la calificación de concurso culpable haya generado o agravado la insolvencia.

Adelantamos sobre este punto que el criterio que venía manteniendo este tribunal, basado, en efecto, en ese nexo de causalidad, ha sido modificado a raíz de la doctrina del TS, actualmente ya perfilada, sobre la naturaleza del régimen de responsabilidad concursal, que expondremos más adelante.

b) La sentencia condena a pagar la suma de 1.047.796 €, en la que cifra el agravamiento de la insolvencia por la tardía solicitud del concurso. Sin embargo –alegan las apelantes–, no se ha probado:

(i) Que la sociedad presentara tardíamente la solicitud de concurso.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado, así que la obviamos en el examen de este último motivo.

Y (ii) que la cantidad a la que condena la sentencia se corresponda con el agravamiento de la insolvencia por la tardía solicitud del concurso, ya que no se ha probado el nexo causal y se ha invertido indebidamente la carga probatoria.

21. Prescindiendo del criterio anterior de esta Sección 15ª, pues otra concepción del régimen de responsabilidad concursal ha acogido la jurisprudencia, el Sr. Magistrado aplica correctamente la doctrina del TS sobre **la naturaleza y consecuencias de esta acción a partir de la STS de 6 de octubre de 2011**, que luego ha sido reiterada y completada por las de 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012.

En aquella primera STS significativa (6 de octubre de 2011), el TS declara (extractamos las ideas relevantes para resolver el motivo de apelación) que:

a) No cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º.

b) La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, *"no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida"*.

c) Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.

d) En todo caso, no debe olvidarse que la norma del apartado 3 del art. 172 LC no debe concebirse como *sancionadora en sentido estricto* (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece *"cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa"*.

22. Esta concepción del régimen de responsabilidad concursal ha sido desarrollada en Sentencias posteriores, que condensa la STS de 16 de julio de 2012:

a) No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino de *"un supuesto de responsabilidad por deuda ajena"*, cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

b) *"No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos"*.

c) La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad

concurtida a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *“si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*.

Esta interpretación no descarta -apuntamos nosotros- que si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance.

d) Es necesario –prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011”*.

Finalmente –concluye la STS- *“este es el criterio que tuvieron en cuenta las sentencias de instancia y, en contra de lo afirmado, expresamente fue ponderado por la recurrida que, razonadamente, expuso las consideraciones que “llevan a moderar la condena a la cobertura del déficit que aparece impuesta por la Sentencia recurrida a un porcentaje del 50% que se estima adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes”*.

23. En coherencia con esta doctrina, la sentencia aquí apelada valoró en su conjunto las conductas imputables a la administradora que determinan la calificación de concurso culpable, y graduó la condena en atención al pasivo generado durante el período de demora en la solicitud de concurso por considerar que, en la medida de ese pasivo incrementado desde enero a septiembre de 2009, la tardía solicitud agravó la insolvencia.

Es cierto que la sentencia yerra en la interpretación de la cifra que como condena por la responsabilidad concursal propuso la AC, error seguramente propiciado porque la AC, en algún lugar de su escrito de calificación, la identificó con las *pérdidas* producidas desde enero a septiembre de 2009, y por eso el juez dice que *“ni siquiera se acude al criterio automático de imputación de todos los pasivos que se generan, sino de aquellos que se traducen en pérdidas, que es algo diferente y mucho más selectivo”*.

Lo cierto es que (a la vista de las cuentas anuales de 2008 y del balance que incorpora la AC en su informe; ff. 186 y 363), la cifra de 1.047.796 € se corresponde con la diferencia entre el pasivo existente al cierre del ejercicio de 2008 (4.006.192 €) y el contabilizado a la fecha de la declaración de concurso (5.053.989 €), y no con las pérdidas que se producen desde enero hasta septiembre de 2009 (553.612 €).

24. Pero esta solución cuantitativa (que de eso tratamos) no es irrazonable ni arbitraria. La demandada no ha desvirtuado la presunción de que la demora en la solicitud de concurso agravó la insolvencia y esta es una conclusión lógica o probable, ya que se generaron nuevos pasivos de enero a septiembre de 2009, y se produjeron pérdidas por más de medio millón de euros.

Es cierto, como indica la sentencia apelada, que no por principio todos los créditos generados a partir de la fecha en que debió solicitarse el concurso agravan la insolvencia (hay pasivos adquiridos que tienen una incidencia neutra en este resultado y otros que se habrían devengado igual de haber sido declarado oportunamente el concurso si es que la sociedad continúa con su actividad), pero la **agravación de la insolvencia suele ser, por regla general, en alguna medida, una consecuencia de la tardía solicitud, y quien está en disposición de acreditar el efecto neutro o favorable para reducir la insolvencia de los nuevos pasivos generados a partir de la fecha límite para solicitar el concurso es el administrador, que conoce o debe conocer la actividad de la sociedad, la razón de ser de**

cada uno de los créditos contraídos en ese período y sus efectos. Y está la presunción legal del componente de dolo o culpa grave en la conducta de demorar la solicitud del concurso (art. 165), en relación con la generación o agravación de la insolvencia, es decir, a los efectos del art. 164.1 LC.

OCTAVO. 25. En definitiva, debe confirmarse la sentencia apelada, si bien no imponemos las costas en esta instancia dada la complejidad interpretativa de los preceptos aplicables.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 92/2013, de 4 de Marzo de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La **ausencia total de contabilidad** durante varios ejercicios conlleva un incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad, y la presunción de culpabilidad del concurso (art. 164.2º-1º).

En cuanto a la **demora en la solicitud de concurso**, para saber en qué fecha la empresa se encontraba en una situación de insolvencia (incumplimiento regular de sus obligaciones exigibles), es un buen indicio valorar el **fondo de maniobra** (la diferencia entre el activo y pasivo corriente).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La concursada recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 4 que calificó el concurso de las sociedades P., S.L. e IN. LI., S.A.U como culpable. Tramitado en un único incidente la oposición a la calificación, la sentencia analiza por separado las conductas que la administración concursal atribuye a las concursadas. Así, en relación con P., S.L., la calificación como culpable se sustenta en el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad (artículo 164.2º.1ª), dado que no constaba que la concursada hubiera llevado debidamente legalizados los libros obligatorios de los tres últimos ejercicios. Por el contrario, no aprecia que el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes, en perjuicio de los acreedores (artículo 164.2º-4ª).

Por lo que se refiere a IN. LI., S.A.U, también justifica la culpabilidad en el incumplimiento sustancial del deber de llevar la contabilidad (artículo 164.2º-1ª), dado que la concursada no había presentado los libros de contabilidad de los ejercicios 2003 y 2004. De igual modo incardina en el mismo precepto, como irregularidad contable relevante para comprender la situación patrimonial de la compañía, el hecho de haber incluido en el balance de situación de la sociedad, a 30 de junio de 2006, existencias valoradas en 2.489.612 euros, que luego en el inventario quedaron reducidas a 27.399 euros.

Por último, el *juez a quo* concluye que IN. LI., S.A.U incurrió en retraso culpable en la solicitud de concurso, conducta contemplada en el artículo 165.1º de la Ley Concursal. Esa conducta la hace extensiva a P., S.L. – es la única que en la sentencia se analiza de forma conjunta para ambas sociedades-, por cuanto la insolvencia de IN. LI., S.A.U llevaba la de aquella, por ser avalista de sus deudas y su única fuente de ingresos. Atendidas las deudas a corto plazo de la sociedad a 31 de diciembre de 2005, de un lado, y las partidas de existencias, deudores y tesorería a esa fecha, de otro, la sentencia fija en ese momento la situación de insolvencia concursal, por lo que, dado que el concurso se presentó el 26 de julio de 2006, no se cumplió el plazo establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Las concursadas recurren en apelación la sentencia. En cuanto a la ausencia de contabilidad, la recurrente no cuestiona lo esencial, esto es, que P., S.L. no había llevado libros de contabilidad en los tres últimos ejercicios y que IN. LI., S.A.U no había presentado los libros de los ejercicios 2003 y 2004. En la

oposición a la calificación, la parte demandada sostuvo que la contabilidad había desaparecido al ser "tomada" la empresa por los trabajadores. La sentencia no tiene por acreditado dicho extremo y ahora la recurrente, soslayando su postura de defensa inicial, llega a afirmar que el incumplimiento no es sustancial, lo que resulta descabellado.

Concorre, sin duda alguna, el supuesto contemplado en el artículo 164.2º-1º, que presume la culpabilidad cuando el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable "en todo caso", en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

TERCERO.- Cuando el punto de partida es la ausencia total de contabilidad durante varios ejercicios, puede parecer ocioso detenerse en una irregularidad contable advertida en un balance de situación de IN. LI., S.A.U, cerrado a 31 de junio de 2006, referido al valor de las existencias (fundamentos de derecho 18 a 22 de la sentencia). La recurrente no niega el hecho objetivo que en balance las existencias están valoradas en 2.489.612 euros, mientras que la administración concursal en el inventario las tasa en 27.399,37 euros. Entiende, sin embargo, que esa diferencia de valoración no impidió, ni a la administración concursal ni a los acreedores, comprender la situación patrimonial o financiera de la empresa. Rechazamos, sin embargo, dicha afirmación, que no se sostiene en nada. Basta con comparar **aquellas cantidades con el déficit patrimonial total -3.398.630,92 euros-** para concluir que, tanto en términos absolutos como en términos relativos, la irregularidad es muy relevante, distorsionando severamente la verdadera situación patrimonial de la empresa.

En este punto la recurrente trae nuevamente a colación la actuación de los trabajadores, que habrían impedido al administrador el acceso a las instalaciones y que se habrían apropiado de matrices y productos acabados, hechos que en modo alguno acredita.

CUARTO.- Por último la recurrente considera, en contra de lo argumentado en la sentencia de instancia, que no hubo **demora en la solicitud de concurso**. Como es sabido, el artículo 165 de la Ley Concursal, 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, "hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso". La norma nos remite al artículo 5, que establece un **plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia**.

El *juez a quo* analiza la situación de IN. LI., S.A.U a 31 de diciembre de 2005, con unas **deudas a corto plazo de 4.413.000 euros**, en contraposición a un activo corriente (existencias, deudores y tesorería) de apenas 3.300 euros, concluyendo, acertadamente, que a esa fecha las dos compañías se encontraban en situación de insolvencia, dada la dependencia de una con la otra. El fondo de maniobra, esto es, la diferencia entre el activo y pasivo corriente, es uno de los criterios que en la práctica forense se viene aceptando como indicio muy relevante de que la concursada no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. Pues bien, frente al riguroso análisis del *juez a quo*, las concursadas simplemente niegan que la insolvencia se diera en aquella fecha "como demuestran los informes de auditoría y la abundante documentación obrante en autos". Desconocemos si es mucha o poca la documentación que pueda haber en otras piezas. En este incidente es muy escasa y de ella no se deduce cosa distinta de la reseñada en la sentencia de instancia.

Por todo cuanto antecede, debemos confirmar la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos, también en los efectos de la declaración de culpabilidad, que sólo se refutan en el recurso en la medida en que se niega la calificación del concurso como culpable.

QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 113/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Sólo opera la **prejudicialidad penal**, cuando se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando y que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

El juez predeterminado por la ley para conocer de la **acción de responsabilidad social** del administrador es el **juez mercantil** (art. 86 ter.2 LOPJ), y se evalúa el comportamiento del administrador, de acuerdo con el canon de diligencia y deber de lealtad exigible.

Los términos o conceptos jurídicos como "dolo" o "apropiación", sin ser exclusivos de la jurisdicción penal, sirven para contextualizar, valorar y calificar la conducta del demandado desde la perspectiva de la acción de responsabilidad social, y no vulneran la **presunción de inocencia**. Además, ésta opera exclusivamente en el proceso penal y en el procedimiento administrativo sancionador, quedando fuera del proceso civil.

La acción de responsabilidad del art. 134 TRLSA y la acción de responsabilidad concursal del art. 172.2.3º LC operan como un **concurso de acciones**, se incurre en la **prohibición de non bis in idem** cuando de unos mismos hechos, se deriva un mismo efecto, y el fin perseguido es satisfecho mediante la estimación firme de una de las pretensiones.

Cuando no hay constancia de **pacto entre dos sociedades** que justifique operaciones de liquidación y **compensación** entre ellas, sobre todo cuando las liquidaciones practicadas resultan definitivas (no sometidas a operaciones compensatorias simultáneas o posteriores). Asimismo, para la **intención de causar daño**, basta con apreciar que la conducta reprochada se aleja de la diligencia exigible al administrador (art. 134 TRLSA).

En cuanto a la **prueba**, si no se desvirtúa eficazmente la diferencia adeudada respecto lo que se debía percibir y lo que realmente se percibió, quedará acreditado el perjuicio real causado a la empresa por cantidades dejadas de ingresar

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El juzgado que tramita el concurso de B.S., S.L. acordó la acumulación al procedimiento de concurso de los autos de juicio ordinario seguidos ante otro juzgado mercantil a raíz de la demanda que interpuso dicha sociedad (con anterioridad a la declaración de concurso) contra quien fue su consejero delegado, el Sr. J.L.G.L., en la que ejercitaba la acción social de responsabilidad que prevé el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada de acuerdo con el art. 69 LSRL, y actualmente regulada en los arts. 236 y 238 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

El juez del concurso resolvió esta pretensión al tiempo que decidía la calificación del concurso (incidente

nº 308/2011) mediante otra sentencia de la misma fecha, 19 de diciembre de 2011, que fue apelada y dio lugar a la sentencia de esta Sala de fecha 29 de noviembre de 2012 (Rollo 166/2012) que confirmaba la calificación de concurso culpable y la condena del Sr. J.L.G.L., como persona afectada, a pagar a la masa la cantidad de 1.603.139,34 €.

2. En la demanda que ahora conocemos, la concursada B.S., S.L. reclamaba al Sr. J.L.G.L. la cantidad de 1.741.777,22 euros en concepto de indemnización dirigida a reconstruir el patrimonio social, por razón de distracciones o apropiaciones de cantidades que el consejero delegado debió ingresar a B.S., S.L., y que desvió o retuvo en una sociedad por él controlada, STR.ENT., S.L.

3. Los hechos básicos que justifican la pretensión, relatados en la demanda, y que han resultado incontrovertidos, son los siguientes (han sido perfectamente sintetizados por la sentencia apelada, si bien los integramos en la medida conveniente):

a) La concursada B.S., S.L. fue constituida el 27 de junio de 2006 por tres socios:

- VÉRTICE CINE SLU, que suscribió el 40 % del capital;
- FILMAX STAGE S.L., con otro 40 %; y
- STR.ENT., S.L., con el 20 % restante.

Su objeto principal era explotar los derechos de representación o ejecución de la obra musical "G.", que STR.ENT., S.L. había adquirido.

b) El órgano de administración de B.S., S.L. adoptó la forma de consejo de administración. El Sr. J.L.G.L. fue nombrado consejero delegado en el acto fundacional, y ejerció dicho cargo hasta el 17 de abril de 2009, fecha en la que dimitió mediante acta notarial de renuncia.

c) La citada sociedad STR.ENT., S.L., constituida en septiembre de 2005, está controlada por el Sr. J.L.G.L., que es su administrador único.

d) STR.ENT., S.L. cedió a B.S., S.L. los derechos de explotación para España de la obra "G." por el precio de 86.000 euros, según factura de fecha 10 de noviembre de 2006.

e) La obra se representó con gran éxito en Barcelona (Teatro Victoria) entre el 14 de septiembre de 2006 y el 6 de enero de 2008, y posteriormente se estrenó en Madrid (Nuevo Teatro Alcalá) el 29 de septiembre de 2008.

f) STR.ENT., S.L. arrendó a su nombre los teatros donde la obra fue representada, tanto en Barcelona como en Madrid. Las sociedades que gestionaban los teatros liquidaban semanal o mensualmente a STR.ENT., S.L. las recaudaciones obtenidas.

La operativa económica de la explotación entre STR.ENT., S.L. y B.S., S.L., titular de los derechos, era la siguiente (según expone la demanda y no discute el demandado): los teatros remitían semanal o mensualmente al Sr. J.L.G.L. como representante de STR.ENT., S.L. el importe de la recaudación obtenida una vez descontados los porcentajes correspondientes por el alquiler y la gestión de venta de entradas; el importe resultante debía ser ingresado por STR.ENT., S.L. a B.S., S.L. previa deducción de los derechos de autor y el IVA correspondiente, acompañando el listado de recaudación coincidente con el recibido de los teatros, a fin de que BUT. facturara el saldo resultante.

g) Ante la extraña circunstancia de que la obra estaba teniendo un gran éxito y las cuentas de BUT. registraban resultados negativos, los demás consejeros exigieron explicaciones al Sr. J.L.G.L. en la reunión del consejo celebrada el 1 de abril de 2009, acordando volver a reunirse el siguiente día 17.

Ese día, 17 de abril de 2009, el Sr. J.L.G.L. entregó al consejo un acta de notificación notarial en la que renunciaba al cargo de consejero delegado y, en su condición de administrador único de STR.ENT., S.L.,

reconocía que esta sociedad adeuda a B.S., S.L. la cantidad de 1.603.139,34 € *“en concepto de liquidaciones por los derechos de explotación de la obra G.”*, que *“debería haber sido liquidado a B.S., S.L. en su totalidad”* como consecuencia de la cesión de derechos efectuada a su favor.

Manifestaba en este documento el Sr. J.L.G.L. que, tras las peticiones por parte del órgano de administración de B.S., S.L., había procedido a una revisión exhaustiva y minuciosa de todas y cada una de las operaciones de facturación realizadas desde el comienzo de la relación mercantil entre STR.ENT., S.L. y B.S., S.L. hasta el día de hoy, y que *“he detectado la existencia de cantidades cobradas por STR.ENT., S.L. procedentes de la facturación del Teatro Victoria de Barcelona y Nuevo Teatro Alcalá de Madrid que no han sido en su momento correctamente liquidadas a B.S., S.L.”*.

Precisaba que el indicado importe (1.603.139,34 €) supone un 8,277 % de la recaudación bruta obtenida en la explotación del espectáculo, y proponía un plan de medios de pago y una serie de garantías.

h) El consejo, ante la comunicación del Sr. J.L.G.L. y la alarma creada por sus manifestaciones, encargó un informe a la firma de auditoría Deloitte, a fin de comprobar o verificar irregularidades en las relaciones entre STR.ENT., S.L. y B.S., S.L. y cifrar el perjuicio padecido por ésta a consecuencia de la actuación del Sr. J.L.G.L..

i) En junta general de de B.S., S.L. de fecha 22 de septiembre de 2009 se acordó el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el Sr. J.L.G.L. y su cese inmediato como consejero.

j) La situación creada ha motivado (entre otras actuaciones judiciales que no es preciso relatar) una denuncia contra el Sr. J.L.G.L. en la que parece ser (porque no contamos con el texto de las actuaciones penales) que sobre la base de los hechos expuestos (acaso entre otros) se le imputa un delito de apropiación indebida y de falsedad.

k) El concurso voluntario de B.S., S.L. fue declarado por auto de 19 de julio de 2010.

4. A raíz de los hechos relatados y de los datos que reveló el informe Deloitte, la demanda de B.S., S.L., formulada antes de que fuera declarada en concurso, alegaba que el Sr. J.L.G.L. había infringido los deberes de lealtad y fidelidad que el TRLSA (art. 127 y siguientes) impone al administrador, incurriendo en la responsabilidad que prevé el art. 134 en relación con el 133 del TRLSA.

La conducta antijurídica cometida sería, en síntesis, que simultaneando el cargo de consejero delegado de B.S., S.L. y de administrador único de STR.ENT., S.L., valiéndose de esta sociedad y tras haber contratado a su cuñada Sra. Arias Solanas como empleada de B.S., S.L. para labores auxiliares que comprendían la confección de las liquidaciones de la obra “G.”, falseó las liquidaciones de recaudación previamente remitidas por los teatros, que habían de ser reportadas a B.S., S.L., haciendo figurar en ellas un importe menor del realmente percibido para apropiarse de la diferencia, y además dejó de pagar a B.S., S.L. otras liquidaciones devengadas por ambos teatros, que fueron cobradas por STR.ENT., S.L.; todo lo cual se vio obligado a admitir el Sr. J.L.G.L. en el acta de reconocimiento de deuda a favor de B.S., S.L. (de 17 de abril de 2009).

De acuerdo con el informe elaborado por Deloitte, la actora fijaba en 1.741.777,22 € la indemnización procedente por las apropiaciones o desvíos dinerarios llevados a cabo por el demandado, cifra resultante de las diferencias entre las liquidaciones de recaudación reales y las que transmitió a BUT., más otras cantidades apropiadas derivadas de la explotación de la obra “G.”.

SEGUNDO. 5. La sentencia, tras valorar los hechos expuestos y las pruebas practicadas, concluyó que concurren en el caso los requisitos para estimar la condena por dicha suma total, como indemnización procedente por los daños y perjuicios causados a la sociedad por la actuación del Sr. J.L.G.L., en el marco del art. 134 TRLSA. El Sr. juez estima que:

a) el Sr. J.L.G.L., en su condición de administrador de STR.ENT., S.L. y al mismo tiempo consejero

delegado de B.S., S.L., alteró las cifras reales de la recaudación obtenida por los teatros a fin de trasladar a la actora, titular de los derechos, cantidades menores de las que tenía derecho a percibir, y se apropió de la diferencia, conducta que califica como dolosa;

b) el demandado no ha discutido los datos que considera informe de Deloitte y los cálculos efectuados;

c) no puede aceptarse que las liquidaciones que giró STR.ENT., S.L. a BUT. eran provisionales, a la espera de una liquidación definitiva, pues no se concilia con lo que el Sr. J.L.G.L. reconoce abiertamente en su carta de 17 de abril de 2009 (al admitir que las cantidades cobradas por STR.ENT., S.L. *"no han sido correctamente liquidadas"* a B.S., S.L.); y

d) la falta de control de los demás consejeros sobre el Sr. J.L.G.L. no justifica la actuación desleal de éste como consejero delegado de B.S., S.L..

TERCERO. 6. Antes de tratar los motivos de impugnación en los que se basa el recurso del Sr. J.L.G.L., conviene recordar los presupuestos y requisitos de la acción ejercitada.

Con carácter general, **la acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales que instaura el artículo 134 TRLSA** (de aplicación a las de responsabilidad limitada; actual art. 238 en relación con el 236 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), **que responde al esquema típico de la acción indemnizatoria por una conducta antijurídica que ha causado un daño, tiene por objeto reconstruir el patrimonio de la sociedad en la medida en que haya sido dañado o perjudicado por una actuación u omisión de los administradores que se revela antijurídica por ser contraria a la Ley, a los estatutos o por incumplir los deberes legales inherentes al desempeño del cargo.**

A estos efectos debe tenerse presente el canon de diligencia y los deberes que imponen los arts. 127 y siguientes del TRLSA (arts. 225 y ss. TRLSC), en particular el deber de desempeñar el cargo con la diligencia de un *representante leal*, actuando siempre con *fidelidad al interés social* entendido como *interés de la sociedad*, lo que supone que el administrador ha de anteponer en todo momento el interés de la sociedad al particular o al de personas a él vinculadas (como especifican los arts. 127 bis y 127 ter TRLSA; arts. 226 y 227 TRLSC), con concreta prohibición de realizar en beneficio propio o de personas vinculadas cualesquiera operaciones ligadas a los bienes de la sociedad, de las que haya tenido conocimiento con ocasión del ejercicio del cargo (art. 127 ter.2 TRLSA), y con la obligación de comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pueda tener con el interés de la sociedad (art. 127 ter.3).

CUARTO. 7. El recurso del Sr. J.L.G.L. alega como primer motivo la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, porque el juzgado mercantil ha actuado como si fuera un juzgado penal, y sin aplicar los principios y garantías propios del orden penal; la sentencia emplea conceptos de contenido penal (como *aprovechamiento, engaño, alteración de liquidaciones, ocultación de ingresos, apropiación, enriquecimiento injusto...*) y le imputa actuaciones delictivas, invadiendo la esfera del juzgado de instrucción, todo lo cual le ha originado indefensión. Alega así mismo la existencia de prejudicialidad penal de acuerdo con el art. 40 LEC, al estar conociendo el Juzgado de Instrucción nº 10 de las diligencias previas 2320/2009, en las que se investigan los mismos hechos que motivan la demanda.

8. En primer lugar, no entendemos en qué medida o por qué razón se ha podido causar indefensión a la parte demandada, que ha tenido plenas oportunidades alegatorias, de defensa y de prueba a fin de desvirtuar los concretos hechos en los que se funda la acción de responsabilidad, el carácter antijurídico de la conducta imputada y la causación del daño alegado.

De otro lado, la sentencia del juez mercantil no invade el ámbito de la jurisdicción penal, ni por la materia tratada, cuyo conocimiento le corresponde (art. 86 ter.2 LOPJ), ni por los términos o conceptos que maneja, ya sea en su sentido técnico-jurídico o simplemente semántico (dolo,

aprovechamiento del cargo, apropiación, engaño, ocultación, etc.) pues, sin ser exclusivos de la jurisdicción penal, sirven para contextualizar, valorar y calificar la conducta del demandado desde la perspectiva de la acción de responsabilidad ejercitada, sin que haya imputado delito alguno al Sr. J.L.G.L. (imputación que, en su caso, corresponderá al juez penal).

9. Por lo que respecta a la alegación de **prejudicialidad penal**, por concurrir el supuesto del art. 40 LEC, desconocemos el contenido de las diligencias penales que habrían de producir ese efecto en este litigio, pero en todo caso, si la base fáctica de la conducta denunciada que motiva la causa penal seguida ante el Juzgado de Instrucción nº 10 es la actuación del Sr. J.L.G.L. en relación con las liquidaciones de la recaudación de la obra "G.", por razón de su alteración y apropiación o desvío de las diferencias, no por ello se debe apreciar el supuesto de prejudicialidad penal conforme al indicado precepto, con el efecto de suspender el presente litigio.

Para que pueda justificarse este efecto no sólo es preciso, conforme al apartado 2, que *"(1º) se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil"*. Es necesario además un segundo requisito: *"(2º) que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil"*, y esta influencia decisiva no se produce en el presente caso.

Se trata aquí de **determinar si concurren los requisitos** exigidos por la norma societaria (arts. 133 y 134 en relación con el 127 y siguientes del TRLSA) **para establecer la responsabilidad del Sr. J.L.G.L. por el daño patrimonial** que se alega causado a la sociedad, sobre la base de unos hechos que no son controvertidos: la existencia de diferencias entre las liquidaciones percibidas de los teatros por medio de una sociedad controlada por el Sr. J.L.G.L., y las trasladadas a la sociedad titular de los derechos de explotación de la obra, en la que el demandado ostentaba el cargo de consejero delegado, con el resultado de que deja de ingresar a esta última ciertas cantidades, que quedan en poder de la sociedad por él controlada, y que no ha restituido.

Lo que pueda resolver el órgano penal, en función de los elementos objetivos y subjetivos integrantes de los correspondientes tipos penales que puedan ser imputados, carece de influencia decisiva en la resolución que reclama la demanda. Aunque se considere, sobre la base de esos hechos admitidos, que la conducta del Sr. J.L.G.L. no reviste carácter delictivo, no por ello se impondría su absolución en este litigio, sino que igualmente habría de someterse el comportamiento reprochado en la demanda a los parámetros normativos de la ley societaria, de acuerdo con el canon de diligencia y deber de lealtad que se exige al administrador.

Y de ser condenado por tales hechos, es obvio que no podrá duplicarse en la jurisdicción penal la condena a las consecuencias civiles por el resarcimiento derivado de los hechos punibles, al haber sido ya ejercitada en la jurisdicción civil, a la que pertenece la especialidad mercantil, la correspondiente acción civil, debiendo entenderse que la actora ha renunciado en la jurisdicción penal al ejercicio de dicha acción civil derivada del delito para hacerla efectiva mediante la demanda que da origen a este litigio, en la medida en que coincida la causa de la indemnización.

QUINTO. 10. El segundo motivo del recurso alega que la sentencia ha infringido el principio constitucional a la presunción de inocencia; que las acusaciones de la parte actora han de ser probadas en la jurisdicción penal, que es la exclusiva y excluyente para conocer tales imputaciones; que se ha conculcado el derecho del demandado a ser oído y poder defenderse ante el juez natural predeterminado por la ley, que es el juez penal; y que ha sido condenado con *"base exclusiva en la terminología, alcance y contundencia reservada por la Constitución y por la LOPJ a los órganos penales"*.

11. Algunas de las cuestiones que plantea este heterogéneo motivo ya han recibido respuesta, en particular las relativas al **"juez natural predeterminado por la ley"**, que para conocer de la acción de responsabilidad social del administrador es el juez mercantil (art. 86 ter.2 LOPJ), y las que denuncian la terminología utilizada para sustentar la condena, la cual, ya se ha dicho, no sobrepasa el

ámbito de la jurisdicción civil, y es empleada por el juez mercantil a los solos efectos de juzgar la responsabilidad en el marco del art. 134 TRLSA. Así mismo, en el presente procedimiento no se ha conculcado en ninguna medida el derecho del demandado a ser oído y a defenderse en la causa penal.

Por lo demás, el **derecho constitucional a la presunción de inocencia opera exclusivamente en el proceso penal y en el procedimiento administrativo sancionador**, por lo que carece de sentido la denuncia de que este derecho ha sido infringido en el presente procedimiento. Simplemente, tras valorar la prueba practicada, la sentencia llega a la conclusión, legítimamente integrada en el ámbito del enjuiciamiento propio de la acción social de responsabilidad, de que el administrador ha hecho realidad un comportamiento que determina su responsabilidad de acuerdo con el art. 134 TRLSA.

SEXTO. 12. En el tercer motivo el apelante denuncia la **infracción del principio constitucional de seguridad jurídica, del principio *non bis in idem* y de la cosa juzgada** (art. 222 LEC).

La razón de esta múltiple infracción es la invasión del orden penal (cuestión que ya hemos tratado) y la existencia de **dos juicios paralelos ante el juzgado mercantil entre los que existe identidad de partes**, de objeto y de causa de pedir, ya que simultáneamente al presente procedimiento se ha tramitado el incidente de calificación del concurso (nº 308/2011), en el que el Sr J.L.G.L. ha sido condenado a pagar a la masa la cantidad de 1.603.139,34 € por los mismos hechos que aquí se enjuician. Concluye que si ha existido daño derivado de la actuación del demandado, ese daño sería por 1.603.139,34 € o bien por importe de 1.741.777,22 €, pero no por la suma de ambas cantidades, pues supondría un enriquecimiento injusto.

13. En este punto el apelante plantea una cuestión relevante. La situación producida es la siguiente:

a) B.S., S.L. presentó la demanda que motiva el presente litigio el 17 de febrero de 2010, con anterioridad a la declaración del concurso, en reclamación de la suma de 1.741.777,22 €, por el concepto y causa de pedir ya descritos. Este procedimiento fue posteriormente acumulado al del concurso de B.S., S.L. seguido ante el Juzgado Mercantil nº 4, que continuó la tramitación y dictó sentencia (la aquí apelada) de fecha 19 de diciembre de 2011.

b) Declarado el concurso por auto de fecha 19 de julio de 2010, y concluida la fase común, la administración concursal presentó el informe de calificación el 28 de enero de 2011. Planteada oposición por el Sr. J.L.G.L., fue finalmente dictada sentencia en la misma fecha que en el otro litigio, 19 de diciembre de 2011.

Esta sentencia acoge la calificación pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y declara culpable el concurso por concurrir el supuesto que prevé el 164.2.4º (alzamiento de bienes), sobre la base de la misma conducta, llevada a cabo por el Sr. J.L.G.L., que sirve de fundamento a la acción social de responsabilidad (art. 134 TRLSA). Con palabras de aquella sentencia, por razón de la *“fraudulenta apropiación de parte de la recaudación del espectáculo G. en provecho propio y en perjuicio de B. y consiguientemente de sus acreedores”*, ya que el Sr. J.L.G.L., aprovechándose de su doble condición de consejero delegado de B. y de administrador de STR.ENT., S.L., *“sencillamente engañó a los demás consejeros y socios de BUT. alterando las liquidaciones de recaudación que le presentaban los teatros para ocultar parte de los ingresos procedentes de la recaudación y apropiarse de los mismos”*.

Por ello, la sentencia declaraba al Sr. J.L.G.L. persona afectada por la calificación y, de conformidad con el art. 172.2.3º LC, le condenó a *“devolver los bienes o derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor”*, cifrando la condena en la suma de 1.603.139,34 €, que es la que el Sr. J.L.G.L. (en representación de STR.ENT., S.L.) reconoció adeudar por liquidaciones incorrectas a B.S., S.L. en el acta notarial de fecha 17 de abril de 2009.

El recurso de apelación formulado por el Sr. J.L.G.L. contra esta sentencia fue desestimado por sentencia de esta Sección 15ª de fecha 29 de noviembre de 2012, que confirmó la calificación y la condena.

Señalábamos en esta sentencia que el **hecho fundamental** que ha justificado esa calificación es *“el desvío de una importante cantidad que debió haber entrado en el patrimonio de la concursada y no lo hizo sino que resultó desviada a otra sociedad administrada por el Sr. J.L.G.L.”*, y que la condena a restituir dicha suma responde a la aplicación del citado art. 172.2.3º LC, que configura, como una concreta manifestación de la responsabilidad concursal, una acción de responsabilidad por daños *“cuya estructura se aproxima mucho a la responsabilidad por daños del art. 133 TRLSA (actual art. 236 TRLSC)”*.

14. En efecto, como ha señalado la STS de 16 de julio de 2012, a diferencia de la responsabilidad concursal por el déficit que regula el art. 172.3 LC (actualmente art. 172 bis LC), el art. 172.2.3º LC configura una responsabilidad por daños clásica que requiere los requisitos típicos y en la que la única especialidad es que, normalmente, se identifican los daños y perjuicios causados con la *“generación o agravación de la insolvencia”*, por dolo o culpa grave.

No obstante, como también precisa esa STS, la LC, además de configurar las acciones de responsabilidad propiamente concursales, mantiene los mecanismos societarios de tutela de la sociedad, socios, terceros y acreedores frente a los administradores, si bien, como indica el Preámbulo de la Ley 30/2011, de reforma de la LC (apartado VIII), afirma la necesidad de armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad de administradores que pueden convivir durante la tramitación del concurso.

La LC parte, por tanto, de la compatibilidad entre las acciones concursales de responsabilidad y las previstas en la ley societaria en tutela de la sociedad, como es la acción social de responsabilidad contra los administradores por el daño causado al patrimonio social (art. 134 TRLSA). Tras la Ley 38/2011, el mecanismo de armonización se articula en el art. 48 quáter LC, mediante la atribución a la administración concursal de la legitimación exclusiva para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que asistan a la persona jurídica concursada contra sus administradores.

Con anterioridad a la reforma (es la redacción aplicable en este caso), la LC sentaba como regla general la compatibilidad durante la tramitación del concurso de las acciones de responsabilidad contra los administradores, al indicar en el art. 48.2 que *“sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar estas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios”*, precisando seguidamente que *“la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”*.

Ahora bien, siendo compatibles unas y otras acciones, societarias y concursales contra los administradores, ello no impide el juego de instituciones y mecanismos (como la litispendencia y la cosa juzgada, incluso la acumulación de autos), al objeto de evitar sentencias contradictorias o condenas duplicadas, si es que las acciones ejercitadas paralela o sucesivamente se basan en los mismos hechos y persiguen una consecuencia jurídica de carácter resarcitorio coincidente en su origen y concepto. En todo caso, habrán de operar los mecanismos de armonización que se presenten adecuados para evitar una duplicidad de ejecuciones, que daría lugar, obviamente, a un enriquecimiento injusto.

15. En este caso, la acción de responsabilidad ex art. 134 TRLSA y la acción de responsabilidad concursal del art. 172.2.3º LC han operado como un concurso de acciones: en virtud de unos mismos hechos se deriva un mismo efecto a tenor de distintas normas jurídicas, sin que una de ellas, en principio, excluya la otra, salvo que el fin perseguido sea satisfecho mediante la estimación firme de una de las pretensiones.

En efecto: en ambos procedimientos los hechos generadores de la condena son los mismos, de modo que la causa de pedir en el aspecto fáctico es idéntica (fundada, en definitiva, en el desvío dinerario procedente de la recaudación de la obra “G.”, con el resultado de su apropiación por el Sr. J.L.G.L. a

través de su sociedad STR.ENT., S.L.), y la consecuencia pecuniaria pretendida es conceptualmente coincidente (el reintegro a BUT. de las sumas *desviadas*, que debieron ingresar en su patrimonio), si bien con una diferencia cuantitativa de 138.637,88 €.

16. En el presente supuesto, la excepción de litispendencia no sería un remedio adecuado, al ser diferentes las acciones ejercitadas (que en principio son compatibles y no excluyentes entre sí, como se ha visto), aparte que el presente procedimiento es anterior en el tiempo al incidente de calificación concursal, de modo que la litispendencia habría de operar en el procedimiento posterior.

De otro lado, no tenemos constancia de que la sentencia dictada por esta Sala en aquel otro procedimiento haya ganado firmeza. Si así fuera, firme la condena del Sr. J.L.G.L. a pagar a la masa activa 1.603.139,34 €, el pronunciamiento de condena del presente procedimiento habría de quedar limitado a la diferencia, los indicados 138.637,88 €, armonizando así la convivencia de sendos fallos judiciales al objeto de evitar una duplicidad de condenas por los mismos hechos, que podría dar lugar o daría lugar a que el demandado pagara a la masa por duplicado.

No constando la firmeza de la sentencia que decide el incidente de calificación concursal, **la solución más viable para evitar el pago por duplicado es coordinar las ejecuciones de uno y otro procedimiento de tal modo que B.S., S.L. (es decir, la masa activa del concurso) tan sólo pueda percibir, en conjunto, la cantidad de 1.741.777,22 €.**

17. La precedente declaración determina la estimación parcial del recurso, ya que el fundamento sustancial del motivo radicaba en la improcedencia de cifrar el daño, derivado de unos mismos hechos, en la suma de las condenas de uno y otro procedimiento.

SÉPTIMO. 18. El cuarto motivo del recurso insiste en la prejudicialidad penal (art. 40 LEC), cuestión sobre la que ya hemos ofrecido la respuesta que estimamos procedente.

El apelante desarrolla en este capítulo una argumentación que más bien persigue la exculpación frente a la imputación de conductas constitutivas de delito, la cual podrá tener eficacia en la sede penal, pero carece de trascendencia en el ámbito del enjuiciamiento propio de la acción ejercitada en la demanda.

Lo que el demandado no consigue desvirtuar es la realidad de su conducta y el reproche de antijuridicidad desde la perspectiva del art. 134 TRLSA: el Sr. J.L.G.L. **faltó al deber de lealtad y fidelidad al interés de la sociedad de la que era consejero delegado**, anteponiendo el interés de una sociedad por él controlada, STR.ENT., S.L., **al realizar en nombre de ésta (con alteración de las cifras reales) unas liquidaciones incorrectas que luego eran aceptadas por él en representación de B.S., S.L.**, y que proporcionaron a su sociedad una ganancia ilícita con el consiguiente perjuicio de la sociedad actora, por cuyos intereses debía velar. Resultado de esa actuación es que su sociedad, o el mismo Sr. J.L.G.L. a través de su sociedad, ha hecho suya una importante cantidad de dinero que pertenecía a B.S., S.L. y, pese al compromiso de restituirla, no lo ha hecho.

OCTAVO. 19. En el quinto motivo se alega la **aplicación indebida del art. 236 TRLSC** por no existir prueba que acredite la imputación de responsabilidad como administrador.

Alega en este apartado el apelante una serie de argumentos aparentemente dirigidos a desvirtuar su responsabilidad por los hechos relatados: - que cuando STR.ENT., S.L. reconoció adeudar a BUT. la suma de 1.603.139,34 €, esta última estaba al corriente de pago de sus obligaciones; - que al ser presentada la solicitud de concurso, más de un año después del cese del Sr. J.L.G.L., BUT. arrojaba unas pérdidas acumuladas por más de cuatro millones de euros; - que nadie ha reclamado a STR.ENT., S.L. el pago de lo que adeuda a BUT. desde abril de 2009; - que los gestores de BUT. desde abril de 2009 percibieron directamente los ingresos de la obra "G." y no los declararon a la Hacienda Pública, hecho que no puede ser imputado al Sr. J.L.G.L.; - que los responsables del estado de insolvencia de la concursada son los restantes consejeros; - que nada ocultó pues en abril de 2009 reconoció adeudar a BUT. las liquidaciones pendientes; - que STR.ENT., S.L. es socia de BUT. y es acreedora de otra socia

de ésta (FILMAX).

20. Algunos de estos argumentos se dirigen en puridad a combatir la calificación culpable del concurso con base en el comportamiento del Sr. J.L.G.L., por lo que resultan ineficaces en el presente procedimiento, al no tener por objeto determinar si concurre o no alguna causa legal para declarar culpable el concurso.

Por lo demás, la responsabilidad a que hace referencia el art. 134 TRLSA, en relación con el 133 y arts. 127 y siguientes, por haber materializado el consejero delegado Sr. J.L.G.L. una conducta que vulnera los deberes del administrador frente a la sociedad, y ha determinado un quebranto patrimonial a ésta, con la necesaria relación de causalidad, está perfectamente fundamentada en la sentencia apelada, y ha quedado expuesta con anterioridad, en síntesis: con infracción del deber de lealtad y fidelidad al interés social, desvió una importante cantidad de dinero, perteneciente a BUT., a una sociedad por él administrada.

NOVENO. 21. A tenor del sexto motivo, se han confundido los términos del acta de reconocimiento de deuda de 17 de abril de 2009, pues en ella el Sr. J.L.G.L. no interviene a título personal sino como administrador de STR.ENT., S.L.; esta intervención impide considerar al Sr. J.L.G.L. responsable de una deuda que no es propia, sino de una persona jurídica independiente.

22. Esta alegación es igualmente ineficaz. No se reclama aquí al Sr. J.L.G.L. la deuda adquirida por STR.ENT., S.L. por virtud de ese documento de reconocimiento de deuda, o con base en los términos de la relación de gestión de recaudación concertada entre STR.ENT., S.L. y BUT. (acción que así mismo asistiría a esta última), sino que se pretende la responsabilidad personal del Sr. J.L.G.L. por razón de su condición de administrador de BUT., desde la cual o merced a ella articuló el desvío de la recaudación en beneficio de una sociedad por él controlada y en detrimento de la sociedad cuyo interés, dada su condición de consejero delegado, debía salvaguardar y defender, efectuando las liquidaciones correctamente y actuando con lealtad.

DÉCIMO. 23. La idea central del sexto motivo es que **no se ha acreditado la relación de causalidad entre el comportamiento imputado al Sr. J.L.G.L. y el daño sufrido por BUT.** El apelante identifica el daño, según parece desprenderse del desarrollo argumental de este motivo, con la situación de insolvencia acaecida un año después de su dimisión.

24. El **daño**, desde la perspectiva aquí procedente, que es la determinada por la acción ejercitada (art 134 TRLSA), es el **quebranto producido en el patrimonio de BUT. por el comportamiento del consejero delegado**, que trasladó a una sociedad a él vinculada, sin título ni causa, una ganancia que pertenecía a la actora, actuación que logró consumir porque era el Sr. J.L.G.L. quien liquidaba desde STR.ENT., S.L., alterando las verdaderas cifras de la recaudación, y aceptaba esas liquidaciones alteradas en B.S., S.L.

En el marco de la acción de responsabilidad concursal que prevé el art. 172.2.3º LC, como señalamos en la sentencia de apelación del incidente de calificación, **el daño debe anudarse a la generación o agravación de la insolvencia, y este resultado es reconocible en la misma medida cuantitativa de las cantidades que el Sr. J.L.G.L. debió ingresar en BUT. y que desvió hacia STR.ENT., S.L.** El nexo causal, indicamos en aquella sentencia, **es evidente porque los fondos desviados del patrimonio de la concursada han impedido poder atender, al menos en parte (en esa misma medida cuantitativa), las deudas de la concursada.**

Es evidente así mismo el nexo causal a la hora de juzgar esa conducta bajo los parámetros del art. 134 TRLSA: BUT. ha dejado de ingresar la cantidad de 1.741.777,22 € (a tenor del informe Deloitte) que ha hecho suya STR.ENT., S.L. sin título ni causa que lo justifique, a costa del empobrecimiento de la actora, y pese a que STR.ENT., S.L. ha reconocido adeudar la suma de 1.603.139,34 €, no ha procedido a su reintegro desde abril de 2009, y no hay constancia de que posea bienes o derechos suficientes, o en alguna medida, para cubrir la cantidad adeudada, de la que ilícitamente se apropió.

25. Refiere el motivo seguidamente que la "actividad cruzada" entre las sociedades partícipes en BUT. justificaba operaciones de liquidación y compensación entre ellas al término de las representaciones de "G.", pues se generaban créditos y deudas entre una y otra, y es lógico que las liquidaciones de la recaudación fueran provisionales, sin que existan indicios de que el Sr. J.L.G.L. actuara con intención de causar daño ni de enriquecerse.

Sin embargo, **no hay constancia de pacto alguno entre STR.ENT., S.L. y BUT., en la relación de gestión de la recaudación obtenida por las representaciones de la obra, de que la primera debía girar liquidaciones provisionales, a la espera de una liquidación definitiva en la que se harían las compensaciones procedentes.**

Las liquidaciones practicadas por el Sr. J.L.G.L. a través de STR.ENT., S.L. eran definitivas en el sentido de que no estaban sometidas a operaciones compensatorias simultáneas o bien ulteriores, en función de las cantidades que otros socios adeudaran a STR.ENT., S.L., y menos BUT., pues no hay constancia de que STR.ENT., S.L. sufragara gastos que correspondían a BUT., ni que fuera acreedora de ella por algún concepto. Las liquidaciones efectuadas por STR.ENT., S.L., simplemente, eran *incorrectas*, como el Sr. J.L.G.L. reconoció en el acta notarial de 17 de abril.

En cuanto a la **intención de causar daño, basta a estos efectos (art. 134 TRLSA) con apreciar que la conducta reprochada se aleja de la diligencia exigible al administrador.** En cualquier caso, en Sr. J.L.G.L. no ha explicado en ningún momento cual es la razón que justifica que las liquidaciones giradas desde STR.ENT., S.L. hacia BUT. fueran incorrectas, cuál fue el error involuntario, si es que lo hubo, o por qué no liquidó todo lo que tenía que liquidar y trasladar a B.S., S.L..

DECIMOPRIMERO. 26. En el último motivo del recurso alega el apelante error en la valoración de la prueba acerca de la cuantía indemnizatoria, por importe de 1.741.777,22 €.

El argumento es el siguiente: la cantidad fijada como indemnización ha sido determinada con la consideración de "bruta", esto es, incluido el IVA correspondiente y antes del pago del impuesto de sociedades; el informe Deloitte arroja la diferencia de 138.637 € (respecto de la cantidad reconocida en el acta notarial), pero esa diferencia sigue procediendo de la venta de entradas por taquillas, y esa venta conlleva el IVA, que ha sido ingresado en cada momento en la Hacienda Pública por STR.ENT., S.L.; por tanto no cabe entender que esa cifra bruta constituya la indemnización a BUT. ya que incluye un impuesto que ya ha sido abonado y que no correspondería a BUT.; además, STR.ENT., S.L. también ha soportado el impuesto de sociedades sobre esa cuantía, por lo que de estimarse en su integridad supondría un ingreso a BUT. superior al que le correspondería.

27. En respuesta debemos decir que **el demandado no ha aportado documentación que justifique la procedencia de una deducción de la cantidad que como indemnización dictamina el informe Deloitte.** El apelante se limita a alegar que de dicha cantidad debe deducirse el importe del IVA y del impuesto de sociedades soportado por STR.ENT., S.L., pero ningún documento aporta para justificar la procedencia de esa deducción, que tampoco cuantifica, por suponer un **enriquecimiento injusto.**

De todas formas, no debe olvidarse que STR.ENT., S.L. reconoció adeudar a BUT. el 17 de abril de 2009 la cantidad de 1.603.139,34 € "*en concepto de liquidaciones por los derechos de explotación de la obra G.*" que "*debería haber sido liquidado a B.S., S.L. en su totalidad*", cuantía que se ha de entender "neta". Por su parte el informe Deloitte cifra en 1.378.732,12 € la liquidación ocultada a BUT. hasta el 22 de marzo de 2009, pero añade la cuantía por recaudación de taquilla pendiente de liquidar hasta el 17 de abril de 2009 por la suma de 199.302,03 €, más otros 163.743,17 € por falta de ingreso de otras cantidades procedentes de la explotación de la obra.

Este informe ha comprobado la cifra total de recaudación por la venta de entradas del musical G., que denomina "taquilla bruta real" (TBR); de ella deduce los gastos por derechos de autor, alquiler de los

teatros y comisiones por la venta de entradas para alcanzar la "taquilla neta real" (TNR), que es la cifra que debió ser ingresada a BUT.; analiza seguidamente la "taquilla bruta falsa" (TBF), que es la cifra de recaudación bruta reportada por STR.ENT., S.L. a BUT. en las liquidaciones mensuales que realizaba, y finalmente constata la "taquilla neta falsa" (TNF), que equivale a la cifra de taquilla neta girada por STR.ENT., S.L. a BUT. en las liquidaciones mensuales que realizaba. **Con este método calcula, en fin, lo que BUT. debía percibir y le resta lo que realmente percibió.**

Con tales cálculos, no desvirtuados eficazmente, queda acreditado el perjuicio real causado a B.S., S.L. por cantidades dejadas de ingresar. De ese perjuicio es responsable quien fue consejero delegado Sr. J.L.G.L., por las razones expuestas, con independencia de que STR.ENT., S.L. pueda gestionar ante la Agencia Tributaria la devolución del IVA que proceda o de la cuota del impuesto de sociedades, si es que resultare procedente.

DECIMOSEGUNDO. 28. En conclusión, por lo expuesto en el fundamento sexto el recurso debe ser estimado en parte, lo que a su vez implica una estimación parcial de la demanda, y ello determina que no impongamos las costas en ninguna de las dos instancias (art. 3982 y 394.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 119/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Siendo la **responsabilidad del administrador concursal** del artículo 172.3 LC, una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad, se deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Los **criterios para determinar la responsabilidad** son plurales y abiertos, y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso, por lo que cabe que, dependiendo del caso, el juez aplique bien el criterio de imputación, bien el criterio de pérdidas.

Para demostrar error en la **valoración de la prueba**, se debe aportar documentación válida y concreta.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sociedad concursada, C.R.C.G., S.L. y su administrador único, don H.A.T., apelan contra la sentencia dictada por el juzgado mercantil en la sección de calificación del concurso, que declaró el concurso culpable y persona afectada al Sr. H.A.T., con los pronunciamientos derivados que se han transcrito en los antecedentes de hecho.

Aunque formulan el recurso la sociedad concursada y su administrador, la pretensión se circunscribe a la revocación del pronunciamiento sobre responsabilidad del administrador societario.

2. La sentencia del juzgado mercantil desestimó algunas causas de concurso culpable invocadas por la Administración concursal (AC). En concreto, no apreció la conducta del artículo 164.2.2, por el posible déficit informativo entre la documentación facilitada conforme al artículo 6 de la Ley concursal (LC) y la aportada después por la propia concursada. Tampoco apreció la culpabilidad basada en el artículo 164.2.6 LC. Finalmente, rechazó la calificación propuesta con base en los artículos 165.2 y 165.3

LC, porque, aunque los hechos correspondientes no fueron negados por la concursada, la AC no había alegado su vinculación con la generación o agravación de la insolvencia, exigida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 16 de noviembre de 2011, posteriores al informe de calificación de la AC.

El Sr. magistrado fundamentó la calificación de concurso culpable en el artículo 164.1, en relación con el artículo 165.1 LC, es decir, en la demora en la solicitud de concurso que agravó la situación de insolvencia. A partir de los datos que obran en el procedimiento, la sentencia estableció como fecha en que debió solicitarse el concurso la de 1 de octubre de 2008. El concurso fue solicitado por un acreedor el 22 de julio de 2010 y fue declarado por auto de 1 de septiembre de 2010.

3. Las alegaciones del recurso de apelación son:

- 1) Error en la determinación del criterio contable de imputación de responsabilidad.
- 2) Error en la valoración de la prueba. Sobre la carencia de responsabilidad de mi mandante conforme al principio de déficit patrimonial.

4. Antes de examinar los motivos de apelación, conviene unas consideraciones sobre la **naturaleza de la responsabilidad del administrador concursal prevista en el artículo 172.3 LC** (ahora y tras la reforma por la Ley 38/2011, en el artículo 172 bis).

La sentencia de esta sección de 23 de abril de 2012, citada por la parte apelante, recapitulaba sobre esta cuestión. A partir de las **Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011** (y las anteriores de 23 de febrero y 12 de septiembre de 2011), entendíamos que **no estábamos ante una acción de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria**, es decir, una acción de daños por culpa, porque cuando la doctrina jurisprudencial citada se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo **sino a algo distinto, el “daño que indirectamente fue causado a los acreedores”**. Por consiguiente, decíamos, **si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso**. Entendíamos que el **TS había querido afirmar** que no es que se trate de una responsabilidad por daños (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia) sino que **se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad**. Sólo así se podía explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos aquellos antecedentes jurisprudenciales, no hubiera estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit.

En la misma dirección interpretábamos la reforma operada por la Ley 38/2011 –con retroactividad meramente interpretativa, que la jurisprudencia admite. Considerábamos que las referencias expresas al “déficit” concursal en el actual artículo 172 bis reforzaban la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, similar a otras instituciones acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -Ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -Insolvency Act de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial. Del texto del artículo 172 bis.1.º “el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura” extraíamos que para determinar la responsabilidad no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

Sobre el criterio de imputación conforme al cual se debía atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial, teníamos en cuenta la STS de 6 de octubre de 2011, conforme a la cual, habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable. Concluíamos que

estamos ante una norma sobre atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso, norma de la misma naturaleza que la de responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 de la Ley de sociedades anónimas (105.5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y actual artículo 367 de la Ley de sociedades de capital). En la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2012 se decía que “como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172 -bis.1 que la sentencia “deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.

5. La posterior STS de 16 de julio de 2012 vino a confirmar que “no se trata, en consecuencia, de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de “persona afectada”-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal”.

“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador”.

Sobre la cuantía de la condena del administrador, la STS de 16 de julio de 2012 declara: “Como hemos indicado, la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal”. Observa que la norma no fija ningún criterio para cuantificar la parte de la deuda que debe ser cubierta, por lo que “si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso” y remite a los criterios de valoración expresados en las STS de 6 de octubre de 2011, reiterados en la de 17 noviembre de 2011, es decir, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento del administrador en relación con la actuación que determinó la calificación del concurso como culpable.

6. Traídas las anteriores consideraciones al caso en examen, debemos puntualizar que, como en la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2012, citada por la parte apelante, “no se trata de enjuiciar en qué medida esa cantidad de descubierto es consecuencia directa de la decisión del administrador de demorar la solicitud del concurso, como sería procedente si la concibiéramos como una acción de daños. De lo que se trata es de determinar en qué medida es imputable al administrador el descubierto o déficit originado en el patrimonio de la concursada”. “Es cierto que para hacer este juicio de imputación no son indiferentes los hechos que han determinado la calificación, si bien a estos efectos no se toman en consideración como hechos originadores de un concreto daño (en forma de agravamiento de la insolvencia) sino exclusivamente como un parámetro más que permita hacer correctamente el juicio de imputación del déficit o descubierto. Y será un parámetro todo lo relevante que en cada caso se estime adecuado, atendidas la totalidad de las conductas que han justificado la calificación culpable del concurso, pero no el único factor determinante que se pueda tomar en consideración, como ocurriría en el

caso de hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva de una acción de daños”.

7. Como hemos dicho, la parte apelante cuestiona, en primer lugar, que el juez se aparte del criterio de imputación utilizado por la AC y por la concursada y que acoja como método de valoración alternativo el de las pérdidas, que la recurrente considera absolutamente ineficiente para determinar la responsabilidad del administrador, por inadecuado para cuantificar la agravación de la insolvencia. Según el recurso, el método de valoración que debe seguirse es el del déficit patrimonial, utilizado por la AC.

La propia parte, sin embargo, invoca la sentencia de 23 de abril de 2011, en el pasaje concreto en que se razonaba que “los criterios para determinar la responsabilidad no son cerrados sino plurales y abiertos y deben ser puestos en relación con las circunstancias que en cada caso hayan determinado la calificación culpable del concurso”.

En el concurso de C.R.C.G., S.L., tal como pone de relieve el escrito de la AC de oposición al recurso, la situación patrimonial, según los textos definitivos firmes, es la de una masa activa de 5.013.591,27 euros; unos créditos concursales de 8.175.046,35 euros; unos créditos contenciosos de 657.139,60 euros y unos créditos contra la masa de 3.354.660,22 euros. El déficit patrimonial asciende a 7.173.254,90 euros. La AC expone que, si hubiese aplicado la doctrina actual de los tribunales sobre la naturaleza de la responsabilidad ex artículo 172.3 LC, hubiera cuantificado en 7.173.254,90 euros la responsabilidad de don H.A.T., como administrador de la compañía, por su completo conocimiento de la situación económica de la sociedad. La AC siguió el criterio jurisprudencial mantenido con anterioridad y limitó la solicitud de responsabilidad a la suma de 4.590.940,70 euros, que es la cifra de la deuda concursal asumida después de 1 de septiembre de 2008. En esa fecha considera la AC que se manifestó con rotundidad la insolvencia que venía arrastrándose desde 2006. En 1 de septiembre de 2008, la deuda de la concursada ascendía a 3.584.105,65 euros. Pese a tal situación, que la AC califica de terriblemente delicada, la empresa continuó endeudándose por otros 4.590.940,70 euros, que es la suma que la AC calculó como importe del agravamiento causado por el administrador de la compañía por no haber solicitado el concurso.

El juez mercantil razona que la mera generación de pasivos no es acreditativa de la agravación de la insolvencia y entiende que lo relevante es el incremento del déficit patrimonial entre ambas fechas, extremo sobre el cual achaca silencio al informe pericial aportado por la concursada. Atendido que la AC cifra las pérdidas del ejercicio 2009 en 1.082.997,48 euros y las de 2010, hasta septiembre, en 342.448,47 euros, el juez suma ambas cantidades, así como la doceava parte de las pérdidas de 2008 y cuantifica en 1.611.404,86 euros la responsabilidad del administrador. El Sr. magistrado considera que, por más que la doctrina del TS (aplicada por las sentencias de esta Sección 15ª de 18, 23 y 24 de abril de 2012) no exige la relación de causalidad entre el hecho que propicia la calificación y el déficit que se condena a pagar al administrador, ése sería un factor de imputación acorde con la doctrina jurisprudencial que exige la valoración de todas las circunstancias objetivas y subjetivas.

En su oposición al recurso, la AC alega que el criterio de las pérdidas ha beneficiado enormemente al administrador, pero lo considera como ejercicio de la potestad del juez de moderar la responsabilidad y no lo impugna.

En los términos en que se plantea la controversia en esta segunda instancia, en el contexto descrito y atendido el conjunto de circunstancias del caso, particularmente, los datos expuestos sobre el déficit concursal y la petición de la AC, tampoco este tribunal puede rechazar por inadecuado el criterio utilizado por el juzgado ni el efecto de cuantificar en 1.611.404,86 euros la responsabilidad del administrador.

8. En cualquier caso, la primera de las alegaciones del recurso tiene un carácter instrumental, en el sentido de dar paso a la segunda alegación, conforme a la cual, ha habido un error en la valoración de la prueba y el administrador condenado no tendría responsabilidad alguna, porque lejos de incrementarse el déficit patrimonial de C.R.C.G., S.L. se habría reducido desde 2008, gracias a las aportaciones realizadas por el propio administrador y su entorno familiar.

No se ha desvirtuado que el déficit patrimonial contable de la sociedad asciende a 7.173.254,90 euros, tal como quedó fijado en los textos definitivos del informe de la AC al que no se opuso la concursada.

Las aportaciones familiares alegadas, por importe de 3.304.855,57 euros, no tienen otro soporte probatorio que el informe pericial aportado por la concursada a la pieza de calificación, que no identifica debidamente aquellas aportaciones ((fecha, concepto y sujetos) y no se sustenta en documentación alguna anexa que dote de realidad y certeza a las operaciones. La AC ha negado que se haya probado

en ningún momento su existencia. La sentencia del juzgado tampoco las consideró acreditadas y no hay prueba en las actuaciones que permita a este tribunal mantener otro criterio al respecto.

En cuanto a los avales, que se alegan en cuantía de 5.483.503,09 euros, y que, aquí sí, el informe pericial relaciona con identificación del acreedor, el avalista, el tipo de aval y el importe (aunque sin las fechas), no producen en ningún caso el efecto de reducción de los créditos a cargo de la sociedad concursada.

La sentencia del juzgado ponderó el hecho de que desde el ejercicio de 2005 no se han depositado las cuentas anuales de C.R.C.G., S.L., omisión que, aunque no haya sido valorada como circunstancia específica en que basar la calificación, contribuye a la opacidad de la situación patrimonial de la concursada, como la falta de legalización de su contabilidad, la deuda asumida con empresas del grupo no acreditada con los soportes debidos y el desfase entre las existencias contabilizadas y las reales, contexto en el que se ha enjuiciado la imputación objetiva y subjetiva de responsabilidad en examen.

Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia del juzgado.

9. La desestimación del recurso determina que se impongan las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 116/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Respecto a las conductas del 164.2 para la **calificación culpable del concurso**, la **falta de legalización de los libros** no puede constituir por sí sola el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad; la **falta de depósito de las cuentas anuales** en el Registro mercantil no permite la calificación del concurso como culpable (sólo presunción de existencia de dolo o culpa).

La insatisfacción del 10% de las obligaciones no da el **grado de certeza necesario** para considerar la **situación de insolvencia**, pero sí hay certeza ante un porcentaje superior al 50%.

En relación con la **vigencia del administrador**, en defecto de escritura pública, puede acogerse la fecha de caducidad del cargo, teniendo en cuenta la previsión del artículo 172.3 LC de responsabilidad dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Ante una **reducción de la demora** en la solicitud del concurso, caben reducciones proporcionales en la responsabilidad indemnizatoria de los mismos.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El recurso de apelación de ENC. MAR., S.L. y don Fernando Mármol Caballero contiene dos alegaciones, relativas a:

- 1) La calificación del concurso como culpable con base en el artículo 164.2.1º de la ley concursal (LC).
- 2) La calificación del concurso como culpable con base en el artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1 LC.

El recurso de apelación de los restantes condenados, D. G.M.C., doña R.M.C., doña M.D.M.C., y D. J.M.C. contiene esas mismas alegaciones, a las que añade otras dos, en relación con:

3) La declaración como personas afectadas a D. G.M.C., doña R.M.C., doña M.D.M.C. y D. J.M.C., en el caso de ser declarado culpable el concurso de ENC. MAR., S.L., con base en el artículo 164.2.1º LC.

4) La declaración como personas afectadas a D. G.M.C., doña R.M.C., doña M.D.M.C. y D. J.M.C., en el caso de ser declarado culpable el concurso de ENC. MAR., S.L., con base en el artículo 164.1. LC, en relación con el artículo 165.1 LC.

2. Antes de examinar las alegaciones del recurso, consideramos conveniente recordar la **doctrina del Tribunal Supremo sobre los criterios legales de calificación del concurso**, establecida en sentencias dictadas en fechas próximas a la resolución contra la que se apela, de 14 de diciembre de 2011 (así SSTS de 6 de octubre de 2011, 17 de noviembre de 2011, 16 de enero de 2012 y 16 de julio de 2012).

La STS de 6 de octubre de 2011 (fundamento de derecho tercero) dice: *“La Ley 22/2.003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado.*

Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma.

Este mandato de que el concurso se califique como culpable “en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos”, evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola – esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-.

Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno - varios - de mera actividad, respecto de aquella consecuencia”.

3. *La calificación de concurso culpable conforme al artículo 164.2.1º LC*

El artículo 164.2.1 LC establece que, en todo caso, el concurso se calificará como culpable *“cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”.*

La administración concursal (AC) dedicó la mayor parte de su informe de calificación del concurso a la causa del artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1 y 3, y solamente en la parte final del informe se refirió a la conducta del artículo 164.2.1 LC. En su escrito de oposición al recurso de apelación, la AC precisa y clarifica los hechos concretos por los que solicitó la calificación de concurso culpable dentro del marco del artículo 164.2.1.

I. El primero de ellos consiste en la **falta de legalización de los libros**. La AC alega que del examen de la documentación aportada por la deudora cabe concluir que no llevaba libros oficiales. Según la AC, el concepto de contabilidad que debe manejarse a estos efectos es únicamente un concepto estricto, que se refiere a una contabilidad llevada con todos los requisitos exigidos por la ley, lo que incluye estar extendida en los libros oficiales o en los correspondientes listados debidamente legalizados. La AC admite que la falta de legalización no determina la falsedad o inexactitud de los registros contables, pero entiende que es la conducta a la cual la LC asocia la calificación del concurso como culpable.

No lo consideramos así. Como hemos expuesto en resoluciones anteriores (así, en la sentencia de 20 de septiembre de 2012, rollo de apelación 177/2012), estimamos que **la falta de legalización de los libros no puede constituir por sí sola el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad** que el artículo 164.2.1 LC presume en todo caso (sin admitir prueba en contra) como revelador de concurso culpable. Se trata de un **incumplimiento de naturaleza formal que no ha tenido**

trascendencia –o, al menos, no se ha alegado que la haya tenido- frente a terceros y que no ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial de la concursada.

II. El segundo hecho invocado en este capítulo, en el informe de calificación de la AC, es **la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro mercantil durante los tres años anteriores a la declaración de concurso**. El Sr. magistrado razonó al respecto que este dato, por más que tenga acomodo en el artículo 165.2 LC, **no permite la calificación del concurso como culpable**. En realidad, como dice muy bien la propia AC, ese hecho lo tipifica la LC en el artículo 165.3 como una **presunción de existencia de dolo o culpa**, salvo prueba en contrario. Conforme a la doctrina jurisprudencial antes referida, además de ese elemento subjetivo, se requiere el resultado externo de generación o agravación del estado de insolvencia del concursado. El juez mercantil, atendido que **la AC no alegó que la falta de depósito de las cuentas agravara la insolvencia**, apreció que no concurrían todos los elementos exigidos por la norma (artículo 164.1 LC, en relación con artículo 165.2 LC) para declarar el concurso culpable. La decisión no ha sido impugnada.

III. En cualquier caso, las alegaciones de los dos recursos de apelación y la clara dicción del escrito de oposición al recurso conducen a descartar la interpretación hecha en la sentencia de la primera instancia sobre la falta de prueba de que la concursada hubiera entregado su contabilidad a la AC. ENC. MAR., S.L. reitera en su recurso que remitió los libros en formato electrónico a la AC, en la fecha que consta en el documento 1 de su escrito de oposición a la calificación (reproducción de mensaje de correo electrónico), y la AC no lo cuestiona en su escrito de oposición. Por tanto, debe estimarse la alegación de la parte apelante en este punto.

4. *La calificación de concurso culpable conforme al artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1 LC*

Aunque los dos recursos de apelación se refieren al artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1 y 5 LC, debe aclararse que no existe tal artículo 165.5, por lo que trataremos de la causa del artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1, que es aquella en que se basa la sentencia del juzgado mercantil – junto con la ya examinada del artículo 164.2.1- para calificar el concurso como culpable.

El artículo 164.1 LC establece: *"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."* El artículo 165.1 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 hubieran **incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso**.

En el caso de autos, la AC considera que el concurso, que se solicitó el 29 de septiembre de 2008, debía haberse solicitado, como muy tarde, el 1 de noviembre de 2004, porque el 1 de septiembre de 2004 ENC. MAR., S.L. era ya insolvente. En esa fecha, según la AC, concurría el hecho revelador del sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones, así como el impago de tres mensualidades consecutivas de crédito tributario (la primera en junio de 2004) y de Seguridad Social (la primera, en agosto de 2004).

El juez estima que el documento número 1, certificación del crédito tributario, acredita el impago de retenciones de IRPF de los ejercicios de 2002 y 2003; impago de ingresos a cuenta de arrendamientos de 2002 y 2003; sanciones tributarias correspondientes a casi todos los trimestres de los ejercicios de 1998 a 2007, con una deuda total de 2.518.436 euros, a la fecha de la declaración de concurso, e incluso diligencias previas por delito fiscal incoadas en el ejercicio de 2005 por fraude fiscal en el ejercicio de 1999 por 479.893,50 euros. El documento número 2, certificación de la TGSS, acreditaría, según la sentencia del juzgado, que no fueron ingresadas las cuotas correspondientes a julio, septiembre y noviembre de 2004; tampoco la de enero de 2005 y, a partir de ahí, ninguna otra hasta octubre de 2008.

El Sr. magistrado concluye que, cuando entra en vigor la LC, el 1 de septiembre de 2004, debe presumirse que la sociedad era insolvente, por ese hecho revelador no negado ni desvirtuado. Comenzaba a correr entonces el plazo de dos meses previsto en el artículo 5 LC para solicitar el

concurso (*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*). Por ello, considera aplicable la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC. En cuanto a la agravación de la insolvencia por ese comportamiento, estima que la respuesta es obvia, a la vista del listado de la deuda tributaria y de Seguridad Social posterior a esa fecha, sus recargos, impagos e intereses, que, solicitado el concurso, podían haberse evitado. En consecuencia, declara la culpabilidad del concurso por esa causa.

5. Los apelantes manifiestan su desacuerdo sobre el particular. Consideran que el juez prima en exceso la presencia del impago reiterado a algunas de las administraciones del Estado (AEAT y TGSS) para defender el estado de insolvencia, cuando lo realmente relevante para su determinación sería si ENC. MAR., S.L. tenía la capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente. Según la parte apelante, se debería haber examinado cuánto pesaban aquellos créditos impagados en el total del pasivo de la concursada, para no confundir el incumplimiento en el pago de algunas obligaciones con la incapacidad de atender la generalidad de aquéllas. Los recurrentes citan las sentencias de esta Sección 15ª de 11 de marzo de 2009 y 28 de enero de 2010, en las que este tribunal, tras examinar los datos aportados en el caso concreto, tuvo en cuenta el porcentaje que los créditos vencidos e impagados representaban en el total pasivo reconocido en cada momento, a los efectos de apreciar que se daba efectivamente la situación de insolvencia.

Los dos recursos de apelación, como antes los correspondientes escritos de oposición al informe de calificación, examinan ejercicio por ejercicio, desde 2004, los datos sobre la situación patrimonial de ENC. MAR., S.L. Como se ha dicho, la sentencia del juzgado sitúa a 1 de septiembre de 2004 la insolvencia de la concursada.

En relación con el ejercicio 2004, los recurrentes alegan que, según resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (documento 2-4 de su oposición), el total gasto del ejercicio ascendió a 3.065.000,27 euros, mientras que las deudas impagadas consideradas por la AC, en relación con ese ejercicio, son de 277.087,18 euros (documento 4 del informe de la AC y lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso) que, junto con las pérdidas del ejercicio (46.441,31 euros), **apenas representan la insatisfacción del 10 % de las obligaciones**. Esos datos, aunque la sentencia del juzgado no los haya hecho objeto de examen y no hayan recibido tampoco ninguna atención específica de la AC en su escrito de oposición al recurso, se apoyan en los documentos citados por los apelantes y nos llevan a la conclusión de que, efectivamente, **el solo hecho de aquellos impagos no es revelador, con el grado de certeza necesario, de que la situación de insolvencia afectara ya a la concursada en septiembre de 2004**.

En cambio, no podemos sostener lo mismo respecto de los ejercicios siguientes. Los propios recurrentes cuantifican en el 51 % el porcentaje de impagos que resulta de la documentación aportada respecto del ejercicio de 2005; en más del 30 % en 2006 y en el 51 % en 2007, aunque pretendan introducir factores que reducen considerablemente aquellos porcentajes y que no podemos considerar probados a partir de la documentación aportada.

En consecuencia, consideramos procedente fijar la fecha de la cesación generalizada en los pagos, con grado de certidumbre suficiente, un año más tarde de la fijada por el juzgado: el 1 de noviembre de 2005. Por tanto, **la solicitud de concurso a 29 de septiembre de 2008 ha de seguir estimándose extemporánea, conforme al artículo 5 LC y hace aplicable la presunción del artículo 165.1 LC de dolo o culpa grave**. En cuanto a la agravación de la insolvencia por ese comportamiento, los razonamientos del juez mercantil sobre la materia no son objeto de contra-argumentación en los recursos.

Lo expuesto conduce a desestimar la apelación de la concursada y de su administrador don Fernando Mármol.

6. *La declaración como personas afectas de D. G., doña R., Dña. M.D. y D. J.M.C.*

El recurso de apelación de los también condenados Sres. G., R. M.D. y J.M.C. añade que estos apelantes en ningún caso podrían ser considerados como personas afectadas por la calificación del concurso como

culpable, con base en conductas posteriores a su cese efectivo como administradores el 20 de noviembre de 2006.

La sentencia impugnada expone que, el 1 de septiembre de 2004, eran administradores solidarios de la concursada don J.M.P. (fallecido en 2005), D. G.M.C., doña R.M.C., doña M.D.M.C., D. F.M.C. y D. J.M.C. Agrega que lo eran también dos años antes de la declaración de concurso, porque cesaron el 3 de junio de 2008, "fecha en que se elevan a públicos los pretendidos acuerdos" de 20 de diciembre de 2006, sin que haya resultado acreditado su cese en esta fecha, sirviendo el documento público para acreditarla.

No se discute que el nombramiento de los Sres. G., R., M. D., F. y J.M. como administradores de ENC. MAR., S.L., por plazo de cinco años, tuvo lugar mediante acuerdo de la junta general universal de 19 de diciembre de 2001, elevado a público el 20 de diciembre de 2001.

Se discute, en cambio, la **fecha del cese de cuatro de los administradores**, Sres. G., R., M.D. y J.M. Éstos mantienen la tesis de que el día 20 de diciembre de 2006 caducó su cargo, pues habían sido nombrados por cinco años. Por ello consideran irrelevante que el acuerdo de la junta general de accionistas de la sociedad de 20 de diciembre de 2006, por el que se cesó a los administradores solidarios nombrados en 2001 y se nombró administrador único a don Fernando Mármol no llegara a incorporarse a un documento público hasta el 3 de junio de 2008.

Conforme al artículo 126.3 de la Ley de sociedades anónimas (LSA), "*el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior*". El artículo 95.1 LSA decía: "*la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.*"

Por tanto, **no acreditado un acuerdo de cese anterior a 3 de junio de 2008 -la fecha oponible a terceros de la escritura pública-, debe acogerse la alegación de caducidad del cargo** invocada por los apelantes, si bien fechada a 30 de junio de 2007, conforme a los preceptos transcritos de la LSA. Los administradores que entonces cesaron en el cargo –porque no se ha alegado ni probado que continuaran ejerciendo de hecho el cargo después de la caducidad- **siguen quedando afectados por la sentencia de calificación, con arreglo al artículo 172.3 LC ("quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso")**.

7. No se han cuestionado los porcentajes de responsabilidad fijados en la sentencia del juzgado. Por un lado, el 56,48 % del importe que los acreedores concursales -entendido este calificativo en sentido estricto, excluidos los acreedores contra la masa, según precisa el juzgado y no se ha impugnado- no perciban en la liquidación. (Las cifras que constan en el informe de la AC son: total activo, 4.350 euros; total pasivo concursal, 6.660.573,84 euros, total créditos contra la masa, 87.327,57 euros).

Dentro de aquel porcentaje, el juez ha atribuido la responsabilidad solidaria a los cinco administradores por el 88,25 % de la cifra final (en que se liquide aquel 56,48 %). A don F.M. se le añade la obligación de pagar el 11,75 % restante. El magistrado fijó estos porcentajes (88,5 % y 11,75 %) de manera proporcional al tiempo de demora en la solicitud de concurso imputable a los cinco administradores solidarios y al administrador único, respectivamente.

En la medida que hemos apreciado una reducción de la duración de aquella primera etapa (de demora de los cinco administradores), ya que el comienzo no lo situamos en 1 de noviembre de 2004, sino en 1 de noviembre de 2005, y el final lo fijamos en 30 de junio de 2007, en lugar de 3 de junio de 2008, consideramos procedente establecer en el 50 % el porcentaje de que deben responder los administradores solidarios y en el 50 % restante el de responsabilidad del administrador único.

8. La estimación, en parte, del recurso de apelación de doña M.D., don G., doña R. y don J.M.C. determina que no se impongan las costas de ese recurso (artículo 398.2 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

En cuanto al recurso de ENC. MAR., S.L. y de don F.M.C., pese a su desestimación, no se estima tampoco procedente imponer las costas generadas, atendida la ausencia de criterios jurisprudenciales consolidados sobre la materia litigiosa, al tiempo de formularse ese recurso (artículos 398.1 y 394.1 LEC y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 117/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para que se cumpla el supuesto de **salidas fraudulentas del patrimonio social** (art. 164.2.5º LC), no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal (art. 71 LC), sino que es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del **fraude**, (exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado), y que con dicho acto se perjudica a los acreedores o se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso.

Aunque para que nazca el deber de promover la disolución baste con que el patrimonio de la sociedad se haya reducido por pérdidas, a una cifra inferior a la mitad del capital social; para que nazca el **deber de solicitar la declaración de concurso**, es necesario que se manifieste la situación de insolvencia (incumplimiento regular de sus obligaciones exigibles).

Además, la **fraudulencia** implica una minoración del patrimonio del deudor sin justa causa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La administración concursal (AC) de F.I.E.S., S.L. apela contra la sentencia dictada en la sección 6ª del procedimiento de concurso, que estima la oposición a la pretensión de calificación de concurso culpable y lo declara fortuito, absolviendo a quienes fueron identificados como personas afectadas por la calificación culpable: el Sr. H. y las sociedades CAR., S.L., C.J.B., S.C.C.L., GUA. EUR., S.L. y CE. WO., S.L.

La AC fundó la calificación de concurso culpable en la concurrencia de la causa descrita en el art 164.2.5º LC, determinante *“en todo caso”*, según el precepto, de la calificación culpable: *“cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos”*.

2. La conducta que haría realidad este supuesto legal es imputada por la AC al Sr. H., que fue administrador único de la concursada hasta el 3 de abril de 2007, fecha en que fue separado del cargo. El concurso voluntario de F.I.E.S., S.L. fue solicitado el 25 de julio de 2008, y declarado por auto de 17 de septiembre de ese año.

En su informe con propuesta de calificación, la AC exponía los hechos relevantes para fundamentar la calificación de concurso culpable con base en dicho precepto, cuyo denominador común es una salida de dinero del patrimonio de la concursada que no responde al desarrollo de su objeto social o actividad económica ni tiene justificación, sino que se trata de auténticas liberalidades a favor del Sr. H. y de terceros vinculados, en síntesis:

El Sr H., dentro del límite temporal de los dos años anteriores a la declaración de concurso (es decir, desde el 17 de septiembre de 2006 y hasta la fecha de su cese como administrador único, el 3 de abril de 2007):

1º) ha dispuesto de fondos de la sociedad para atender gastos personales (reformas y facturas de luz de su vivienda personal; gastos relacionados con un velero de su propiedad; disposiciones de caja sin justificación; viajes personales; curso de inglés para su pareja; reparación de su vehículo...), por importe de 79.327,38 €;

y ha desviado dinero de la concursada a su sociedad CAR., S.L., de la que es socio único y administrador, por el mecanismo de crear facturas por servicios que nunca fueron prestados, por importe de 83.350 €.

Estos desvíos o distracciones dinerarias suman 162.677,38 €.

2º) Poco antes de ser cesado hizo pagos injustificados a tres sociedades que emitieron facturas contra F.I.E.S., S.L. por un importe total de 1.102.000 €. Se trata de sociedades administradas por el Sr. Xavier Pérez Llorca, abogado del Sr. H.:

a) C.J.B., S.C.C.L., que giró facturas contra F.I.E.S., S.L. en enero de 2007 por el concepto de "honorarios de abogados": 213.440 €.

b) GUA. EUR., S.L., que emitió facturas en enero 2007 por "trabajos de optimización y estandarización del moldes" y "suministro de producto": 541.720 €.

c) CE. WO., S.L., que libró facturas en enero de 2007 por "gestión de venta por transacción inmobiliaria" y "gestión de ventas": 346.840 €.

Estos pagos se realizaron mediante transferencia bancaria en marzo de 2007, en una situación de pérdidas y con fondos propios por debajo de la mitad del capital social, según reflejan cuentas de 2006 y 2007. Ninguno de ellos - alegaba la AC-, está contabilizado en los libros contables de F.I.E.S., S.L., y no existe documentación soporte de las operaciones que detallan las facturas; en definitiva no se sabe qué servicios o productos han facturado estas sociedades.

3. La AC fundamentaba la calificación culpable en que todas estas disposiciones constituyen una "salida fraudulenta" de bienes del patrimonio de la concursada realizada en los dos años anteriores a la declaración de concurso, tal como exige la norma, con la intención de dañar o con el propósito de sustraer los bienes a la satisfacción de las deudas, o con conciencia de que se perjudica a los acreedores.

Señalaba como personas afectadas por la calificación al Sr. H. y a las referidas sociedades (éstas, en su caso, cómplices de acuerdo con el art. 166 LC) y solicitaba su condena al amparo del art 172.2.3º LC a devolver al patrimonio de la concursada las cantidades indebidamente percibidas.

SEGUNDO 4. La sentencia del juzgado mercantil analizó la procedencia de la calificación culpable desde la perspectiva del art. 164.2.5º LC, y concluyó que no se daba el supuesto de hecho descrito por faltar uno de sus presupuestos, referido al carácter *fraudulento* de las disposiciones dinerarias.

Siguiendo el criterio mantenido por este tribunal (por ejemplo en nuestra sentencia de 16 de junio de 2011), la sentencia interpreta que el precepto exige un dolo específico del deudor de eludir su responsabilidad patrimonial, con el propósito de dañar a sus acreedores, o la intención de distraer bienes o derechos de la futura masa del concurso. Razona el juez del concurso que este propósito defraudatorio hacia los acreedores o la clara conciencia de este resultado por parte del deudor debe vincularse con una situación de insolvencia actual o inminente en la época en que se hicieron las disposiciones, que será la situación circunstancial que permita descubrir ese elemento subjetivo.

5. Prosigue la sentencia argumentando que en este caso no se advierte el elemento subjetivo de fraude, en definitiva la intención o propósito de perjudicar el derecho de los acreedores, pues en el período en que se realizaron las disposiciones señaladas por la AC no concurría una situación de insolvencia actual o inminente, ni hay constancia de que el Sr H. buscara con tales pagos distraer bienes de la futura masa del concurso.

Basa esta apreciación en los siguientes datos: a) los actos de disposición se realizaron entre septiembre de 2006 y marzo de 2007 (el Sr. H. cesó como administrador el 3 de abril de 2007), más de año y medio antes de ser solicitado y declarado el concurso; b) la AC y el Ministerio Fiscal no han apreciado demora en la solicitud de concurso, de modo que es indiscutido que dos meses antes de ser solicitado el concurso (lo fue el 25 de julio de 2008), es decir, con anterioridad al 25 de mayo de 2008, no existía situación de insolvencia, por lo que tampoco existía 15 meses antes; c) del informe de la AC resulta que el activo alcanza casi ocho millones de euros y el pasivo no supera los cuatro millones, y no se ha puesto en duda que todos los acreedores incluso los subordinados van a cobrar íntegramente sus créditos.

TERCERO. 6. A) El recurso de apelación de la AC comienza exponiendo la interpretación que adopta la sentencia respecto del art. 164.2.5º LC, que a su juicio es errónea. Alega que el juez del concurso se ha basado en que no ha quedado probado que el Sr. H. actuara con dolo o culpa y en que las conductas descritas no han producido la generación o agravación de la insolvencia, entendiéndose –erróneamente– que las conductas que describe el art. 164.2 LC para determinar la calificación de concurso culpable precisan sumarse a los requisitos generales del art 164.1, es decir, que tales conductas hayan producido la generación o agravación de la insolvencia con dolo o culpa grave del deudor.

B) Advierte a continuación que las conductas que describe el art. 164.2 LC, por sí solas, determinan la calificación de concurso culpable sin posibilidad de prueba en contrario, por lo que no es necesario acreditar el elemento culpabilístico ni la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia, para insistir a continuación en la realidad de las disposiciones dinerarias controvertidas y en su carácter injustificado, en particular los pagos a las sociedades referidas.

Estos pagos, añade, tienen lugar en una “situación patrimonial muy específica” pues los ejercicios de 2006 y de 2007 se cierran con pérdidas y los fondos propios quedaron reducidos a una cifra inferior a la mitad del capital social, de modo que la sociedad estaba incurso en causa de disolución imperativa.

C) Argumenta que: se dan los requisitos del art. 164.2.5º LC: (a) salidas de bienes o derechos del patrimonio de la concursada, (b) en el período de los dos años anteriores a la declaración de concurso y (c) carácter fraudulento de esas disposiciones. Si la salida dineraria es fraudulenta debe aplicarse la consecuencia de la norma, y el carácter fraudulento debe ser descubierto por la vía de las presunciones judiciales, en este caso porque *“la situación patrimonial de la concursada era de tal importancia que se hallaba en el supuesto de disolución al presentar fondos propios por debajo de la mitad del capital social”*.

D) Analiza la prueba practicada para concluir que las disposiciones realizadas revelan una actuación ilícita pues se detraen bienes de la sociedad para sufragar gastos personales del administrador y servicios ficticios con el objeto de despatrimonializar a la sociedad, sin que se haya acreditado una justificación a los pagos aludidos.

Valoración del tribunal

CUARTO. 7. Es cierto que, como ha reiterado la jurisprudencia (STS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012, entre otras), el art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable *“en todo caso”* en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo precepto. Se trata de conductas, dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal

(VIII), que por su intrínseca naturaleza (es decir, por su especial gravedad, según estima la Ley), determinan esa calificación *en todo caso*.

Pero la sentencia apelada no se aparta de este entendimiento del precepto, que es expuesto con carácter general en el fundamento primero, y, contrariamente a la lectura que realiza la AC de la sentencia (según expone en su alegación primera del recurso), el Sr. magistrado no vincula el art. 164.2 LC al apartado 1 para establecer que los supuestos de uno y otro apartado juegan como requisitos cumulativos. La sentencia no expresa ni implícitamente considera que la calificación de concurso culpable “en todo caso” por concurrir alguno de los supuestos del art. 164.2 LC precise, además, del resultado de generación o agravación de la insolvencia mediando dolo o culpa grave del deudor o, si es persona jurídica, de sus administradores.

Sin acoger la interpretación que censura la AC, el juez del concurso analiza si las conductas reprochadas pueden ser subsumidas en el art. 164.2.5º LC, y **llega a la conclusión negativa, por entender que falta la acreditación del requisito de la *fraudulencia* de las disposiciones dinerarias**, entendido en el sentido que expresa la sentencia siguiendo el criterio de este tribunal y de otras Audiencias y Juzgados mercantiles.

La sentencia apelada, en fin, no exige a la AC y al MF que prueben la culpa grave o dolo del Sr. H. al realizar esas disposiciones y pagos, ni que éstos hayan generado o agravado la insolvencia, como si se juzgara la calificación culpable por aplicación del art. 164.1 LC. **Interpreta que el carácter *fraudulento* de las disposiciones o salidas dinerarias, en el marco del art. 164.2.5º LC, requiere un componente subjetivo en el agente que se traduce en el propósito, o bien en la conciencia, de que al disponer de ese modo de los bienes o fondos sociales se va a perjudicar a los acreedores o se están distrayendo fondos que deberían permanecer en la masa activa de un inminente o previsible concurso.**

En este componente del tipo radica la cuestión fundamental de la calificación postulada con base en dicho precepto, como ha reconocido la AC al alegar más adelante en su recurso (también en su informe de calificación) que **en el tiempo en que se realizaron las disposiciones la sociedad registraba unos fondos propios por debajo de la mitad del capital social, que la situaba en causa de disolución**, con lo que quiere demostrar, por la vía de las presunciones o indicios, que **existía esa intención o conciencia de que se estaba perjudicando el derecho de cobro de los acreedores o a la masa activa del previsible concurso.**

8. Es un componente inherente al requisito de la *fraudulencia* de las salidas de bienes o derechos del patrimonio de quien más adelante será declarado en concurso. Así lo hemos considerado, entre otras, en la sentencia de 16 de junio de 2011, en la que interpretamos que:

<< Para que se cumpla este supuesto de hecho [el del art. 164.2.5º LC], no basta con que el acto de disposición realizado por la concursada sea susceptible de rescisión concursal, al amparo del art. 71 LC, pues para ello sería suficiente que hubiera ocasionado perjuicio para la masa, sino que es necesario, además, acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude. Este plus en relación con la acción rescisoria concursal, que expresamente excluye la concurrencia del fraude, **supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso.** No es necesario que este elemento subjetivo concurra en el adquirente, sin perjuicio de que, si lo hace, su conducta le pueda deparar los efectos previstos en el art. 73.3 LC y la posible consideración de cómplice (art. 166 LC). (...).

En cualquier caso, **una cosa es que, caso de haberse ejercitado la acción rescisoria, pudiera haber prosperado y que, por lo tanto, procediera la rescisión del pago, con la consiguiente obligación del destinatario (...) de devolver la suma abonada más sus intereses (art. 73.1 LC), y otra, distinta, que ello pueda justificar a su vez la calificación culpable al amparo del art. 164.2.5º LC.** Para esto último, si bien no es necesaria la previa rescisión del acto de disposición, sí que lo es que se acredite no tanto que sería susceptible de rescisión por perjuicio, como que concurrió fraude en su realización. Para

ello, la administración concursal debería haberse remontado al momento de las enajenaciones (varios meses comprendidos entre 2006 y 2007) y apreciar si por las circunstancias concurrentes podría advertirse la intención clara de distraer este activo de la futura masa del concurso, para impedir el cobro de los acreedores, o cuando menos la consciencia clara de ello. No contamos con ninguna referencia clara sobre ello, por ejemplo la situación de la sociedad en los momentos en que se realizaron los pagos...; y, sin embargo, concurre alguna circunstancia que mitiga el fraude (...)»>.

QUINTO. 9. Es conveniente a estos efectos conocer los siguientes hechos contextuales, que las partes admiten.

F.I.E.S., S.L., constituida en 1975, tiene por objeto social la fabricación de suministros de elementos y accesorios a la industria del automóvil y cuenta con plantas de producción en España dedicadas al revestimiento interior de automóviles, una de ellas adquirida en 1997 con sede en Masquefa. Sus participaciones sociales pertenecían a la sociedad matriz estadounidense FIND. INC.

Según expresa la memoria aportada con la solicitud de concurso, en el año 2004 el grupo FIND. INC. llegó a un acuerdo con el grupo POL. para venderle toda la división europea a excepción de la planta de Masquefa (que no interesaba al adquirente), por lo que procedió a segregar dicha planta, a cuyo efecto en febrero de 2004 FIND. INC. otorgó un contrato de opción de compra de todas las participaciones de F.I.E.S., S.L. a favor de la sociedad CAR., S.L., propiedad del Sr. H., que era gerente de F.I.E.S., S.L. desde mediados del año 2000. La venta efectiva se formalizó el 24 de junio de 2004, por un precio total de 5.500.000 € pagadero mediante 16 pagos trimestrales, constituyéndose una prenda sobre las participaciones de F.I.E.S., S.L. a favor de FIND. INC. INC en garantía del pago del precio.

Surgió la discrepancia entre las partes en torno al valor real de las participaciones, al efecto de ajustar el precio, y fue encargado un informe con este objeto a ERNST & YOUNG, que finalizó la tasación en marzo de 2006. CAR., S.L. consignó en una notaría el precio convenido pero FIND. INC. ejecutó extrajudicialmente la prenda el 21 de marzo de 2007 (escritura pública de 3 de abril de 2007), adjudicándose las participaciones de F.I.E.S., S.L..

El 3 de abril de 2007 FIND. INC., como nueva titular de las participaciones, separó del cargo al Sr. H. y designó un nuevo administrador, impidiendo la entrada de aquél a la sede de F.I.E.S., S.L..

Iniciados diversos procedimientos judiciales en el orden civil y penal entre el Sr H. (CAR., S.L.) y FIND. INC. (en particular, a instancia de CAR., S.L. la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de 13 de noviembre de 2007 en el que acordaba la medida cautelar de prohibición a FIND. INC. de disponer de las acciones de F.I.E.S., S.L. y la intervención judicial de esta sociedad), las partes formalizaron un acuerdo transaccional el 6 de junio de 2008 al objeto de poner fin a sus discrepancias.

Por virtud de este acuerdo, el Sr. H. reconoce la válida adquisición por FIND. INC. de las participaciones de F.I.E.S., S.L.; entrega las participaciones minoritarias de las sociedades filiales FEL. y C.L.; y FIND. INC. y FIND. INC. ESPAÑA aprueban todos los actos de gestión realizados por H. en F.I.E.S., S.L.. Por parte de FIND. INC. se acuerda la subrogación de F.I.E.S., S.L. en el pago del precio pendiente (370.000 €) que quedó aplazado por parte del Sr. H. como comprador a FELCAR en la escritura de compraventa de la vivienda que fue motivo de la acción pauliana instada por la AC (incidente 699/2009). Y las partes intervinientes, el Sr. H., F.I.E.S., S.L., FIND. INC., FEL. y C.L., se dan por saldadas y finiquitadas en sus relaciones, con renuncia a nada más pedir o reclamar.

10. Las disposiciones cuestionadas por la AC se producen en el período en el que el Sr H., a través de CAR., S.L., era propietario único de las participaciones sociales de F.I.E.S., S.L..

Como se ha dicho, el concurso voluntario de F.I.E.S., S.L. fue solicitado el 25 de julio de 2008. En el informe de la AC se fija el activo en 7.889.039,2 €, al que previsiblemente se le sumarán 700.000 € por la venta de la unidad productiva, con otros 325.000 € adicionales a esa operación. El pasivo se fija en 3.676.018,18 €, más créditos contra la masa por 355.188,55 €. Como indica la sentencia apelada, **no se**

ha puesto en duda que todos los acreedores, incluso los subordinados, percibirán la integridad de sus créditos.

La AC no ha negado que todos los acreedores que conforman la masa pasiva lo son por créditos posteriores al cese del Sr. H.

Así mismo, ni la AC ni el Ministerio Fiscal han denunciado una demora en el cumplimiento del deber de presentar la solicitud de concurso en el plazo de dos meses desde que se manifestó la insolvencia (art. 5.1 LC).

11. En nuestra sentencia de 12 de abril de 2011, que resolvió en apelación la acción pauliana o de rescisión por fraude de acreedores que planteó la AC contra el Sr. H., FELCAR y F.I.E.S., S.L., tuvimos ocasión de valorar el acuerdo transaccional aludido, y esas consideraciones las reiteramos aquí por ser útiles a los efectos de calibrar la situación patrimonial y capacidad de solvencia y rendimientos de F.I.E.S., S.L. en el año 2008. Señalamos entonces que *"FIND. INC. USA (FIND. INC.) aún debía creer en junio de 2008 en la viabilidad del proyecto empresarial de FIND. INC. ESPAÑA (F.I.E.S., S.L.) pues en otro caso no se explica su interés en el acuerdo transaccional alcanzado"*; sugeríamos también que el hecho de que FIND. INC. USA en lugar de asumir la deuda de 370.000 €, *"como hubiera sido de esperar"*, la trasladara a F.I.E.S., S.L., es un detalle relevante desde la perspectiva del concurso.

SEXTO. 12. El indicio más significado para descubrir el ánimo defraudatorio que integra el requisito de la *fraudulencia* exigido por el art. 164.2.5º, como señala la sentencia apelada, es que en la época en que se realizan las disposiciones cuestionadas la sociedad ya se hallara en estado de insolvencia o bien que este estado fuera inminente o previsible, a corto plazo.

La AC alega, para justificar la *fraudulencia*, que en el período en el que se realizaron los pagos (septiembre de 2006 / marzo de 2007) la sociedad se hallaba incurso en causa de **disolución imperativa, por pérdidas que habían dejado reducido el patrimonio neto a menos de la mitad del capital social**, como reflejan las cuentas anuales de 2006 y 2007, que muestran unos fondos propios que (sin ser negativos) son inferiores a esa cifra.

Pero este dato **no es suficiente para revelar el fraude**. En primer lugar, la situación patrimonial tributaria de la disolución de la sociedad conforme a la ley societaria es teórica y prácticamente deslindable o diferenciable de la que determina el deber de solicitar el concurso: **para que nazca el deber de promover la disolución basta con que, a tenor de la contabilidad, el patrimonio de la sociedad se haya reducido por consecuencia de pérdidas a una cifra inferior a la mitad del capital social, pero para que nazca el deber de solicitar la declaración de concurso es necesario que se manifieste la situación de insolvencia** que técnicamente describe el art. 2.2 de la Ley Concursal. De este modo, si la sociedad, pese a mostrar en su balance unos fondos propios inferiores a la mitad del capital social, continúa pagando a sus acreedores, puede que no se dé la situación de insolvencia que constituye el presupuesto objetivo del concurso (art. 2.2 en relación con el 5.2 LC), sin perjuicio de que en tal caso el administrador está obligado a promover la disolución.

En todo caso, no puede admitirse que la sociedad se hallara en estado de insolvencia al término del ejercicio de 2006 ni de 2007. No consta que en la época en que se hicieron los pagos la sociedad F.I.E.S., S.L. se hallara incapacitada para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; no consta (la AC no ha negado este extremo) que en la masa pasiva del concurso existan acreedores por créditos nacidos con anterioridad a la fecha de cese del Sr. H. (3 de abril de 2007); y sí consta, por el contrario, que no se ha reprochado a los nuevos gestores de F.I.E.S., S.L. (desde el 3 de abril de 2007) un retraso o demora en la solicitud de concurso en relación con el plazo que establece el art. 5.1 LC. La consecuencia es que la insolvencia de F.I.E.S., S.L. no puede situarse más atrás del 25 de mayo de 2008, en coherencia con los propios actos de la AC. Es revelador así mismo el interés de FIND. INC. en recuperar la propiedad y control de la compañía en el período marzo/junio de 2008, como lo es también el amplio superávit de activo con respecto al pasivo exigible en el concurso.

13. Por otro lado si se estimara que la pretensión de calificación culpable de la AC se asienta implícitamente en el art. 164.1 LC, **no es apreciable que los pagos cuestionados generaran la insolvencia o que la agravaran, ya que esta situación, según se ha razonado, debe situarse en una época posterior, un año y medio después del cese del Sr H.**

14. Por último, no ofrece duda que el **requisito de la fraudulencia no podrá ser apreciado si el acto de disposición pertenece al giro normal u ordinario de la actividad económica del deudor, o en general cuando la disposición de bienes o derechos sea o resulte justificada por retribuir productos o servicios efectivamente servidos o prestados, o por responder a un negocio oneroso en el que el deudor recibe una contraprestación o ventaja de equivalente valor. En definitiva, la fraudulencia implica una minoración del patrimonio del deudor sin justa causa.**

En cualquier caso, tras analizar la prueba practicada, **no apreciamos el carácter fraudulento en los pagos efectuados a las sociedades C., CE. y GU., al haber aportado estas sociedades suficientes elementos de prueba para justificar la prestación de servicios y suministro de productos que detallan las facturas abonadas por F.I.E.S., S.L. antes del cese del Sr H., facturas todas ellas regularmente emitidas y declaradas a efectos fiscales según resulta de la documentación aportada con las respectivas contestaciones, que revelan encargos ciertos y efectiva prestación de servicios y suministros, unido a las testificales practicadas.**

SÉPTIMO. 15. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 en relación con el 3941 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 143/2013, de 9 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En relación a la calificación del concurso, las conductas que describe el art. 164.2 LC, por sí solas, determinan la calificación de concurso culpable sin posibilidad de prueba en contrario, por lo que **no es necesario acreditar el elemento culpabilístico ni la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia.** Además, establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable “en todo caso”, en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia.

Por otro lado, el **incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso** en el plazo, ordena presumir (*juris tantum*) ex art. 165 LC, el comportamiento doloso o gravemente negligente del administrador o liquidador en la generación o agravación de la insolvencia. Además, se debe presumir el alcance del art. 165 LC, tanto sobre el dolo o la culpa grave, como sobre la generación o agravación de la insolvencia.

Respecto del hecho objetivo del **retraso en la solicitud del concurso**, contar con numerosas providencias de apremio y diligencias de embargo por deudas frente a la TGSS y la Agencia Tributaria, muestran un claro estado de insolvencia, en virtud del artículo 2.4.4º LC.

Notas: Referencia al criterio jurisprudencial del TS (STS de 6 de octubre de 2011 y STS de 21 de mayo de 2012).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada calificó como culpable el concurso de AND., S.L. y declaró personas afectadas por la calificación a su anterior administrador Sr. M.C.B. y al liquidador Sr. R.C.B., a quienes condenó, de conformidad con el art. 172.2 LC, a la pérdida de cualquier derecho patrimonial que pudieran tener en el concurso y a la inhabilitación durante dos años para administrar bienes ajenos. Absolvió al resto de personas que la administración concursal identificó como afectadas por la calificación culpable y como cómplices, y desestimó la pretendida condena al pago de los créditos que no pudieran ser atendidos con el producto de la liquidación.

Ha formulado recurso de apelación únicamente el Sr. R.C.B..

SEGUNDO 2. La calificación culpable fue estimada por la sentencia, en congruencia con el informe de la administración concursal (AC), por apreciar concurrentes las siguientes causas legales:

- a) La presunción de dolo o culpa grave establecida por el art. 165.1º LC, en relación con el 164.1, por haber incumplido el deber de solicitar oportunamente la solicitud de concurso (de acuerdo con el art. 5.1 LC);
- b) la misma presunción por concurrir el supuesto del apartado 2º del art. 165, dada la falta de colaboración en el concurso; y
- c) el supuesto determinante de la calificación de concurso culpable “en todo caso” que establece el art. 164.2.1º LC, por incumplimiento sustancial del deber de llevanza de contabilidad o existencia de irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad deudora.

3. En relación con las personas que la sentencia declara afectadas por la calificación culpable, los datos básicos relevantes son los siguientes:

- a) En el acto constitutivo de la sociedad (diciembre de 2003) fue nombrado administrador único el Sr. M.C.B., que desempeñó el cargo hasta su cese, en la junta general de 19 de mayo de 2006;
- b) en esa misma junta se designó administrador único al Sr. F.N.N.;
- c) en junta general de 24 de abril de 2007 se acordó la disolución de la sociedad y se nombró liquidador único al Sr. R.C.B.;
- d) el concurso fue solicitado el 28 de febrero de 2007 y declarado por auto de fecha 15 de enero de 2008.

4. Los siguientes hechos –incontrovertidos- son declarados por la sociedad concursada en la memoria acompañada a la solicitud y por el apelante Sr. R.C.B.:

a) La concursada, dedicada a la actividad de marketing directo y telefónico y selección y formación de personal para la emisión y recepción de llamadas telefónicas con personal de apoyo externo y acciones comerciales, contaba con un único cliente, WEP., S.L., administrada por el Sr. R.;

b) tras el fallecimiento del Sr. R. en febrero de 2006 (aunque la fecha exacta no ha sido facilitada), se agudizó la situación de crisis económica de la concursada AND., S.L. (lo confirma el recurso de apelación), que motivó la renuncia como administrador del Sr. M.C.B., siendo nombrado el Sr. F.N.N., quien pudo confirmar la frustración de la expectativa económica esperable del cliente WEP., S.L. y de la clientela que esta sociedad generaba;

c) acordada la disolución el 26 de abril de 2007 y nombrado liquidador único el Sr. R.C.B., socios y terceros condonaron diversas deudas de la sociedad frente a ellos por préstamos realizados, y antes de solicitar el concurso la compañía extinguió la totalidad de los contratos de trabajo, sin dejar ninguna cantidad pendiente de pago por relaciones laborales.

5. La sentencia fundamenta la concurrencia de las causas legales que determinan la calificación de concurso culpable en los siguientes hechos, a partir del informe de calificación de la administración concursal y del informe a que se refiere el art. 75 LC:

a) La concursada mantiene deudas frente a la Agencia Tributaria y la TGSS desde el final del año 2004, que han dado lugar a apremios y embargos administrativos, por lo que desde el comienzo de 2005 el administrador de AND., S.L. estaba obligado a solicitar el concurso al haberse manifestado entonces la situación de insolvencia.

Esta situación o circunstancia es la que motivaría la presunción de dolo o culpa grave a efectos de la calificación del concurso, de conformidad con el art. 165.1º LC, en relación con el art. 164.1 LC, por haber incumplido la obligación de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que acaeció la situación de insolvencia.

b) Los administradores anteriores a la disolución y el liquidador Sr. Ricardo Cofiño no han colaborado con el juez del concurso y la administración concursal, al haber desatendido los requerimientos de la AC para que aportaran documentación imprescindible para poder realizar su tarea.

Este comportamiento determina la calificación culpable por virtud de la presunción de dolo o culpa grave establecida por el art. 165.2º LC.

c) La contabilidad de la concursada adolece de graves irregularidades y carencias, por inexistencia de documentación soporte necesaria para contrastar que los asientos contables se corresponden con operaciones realmente realizadas, existiendo importantes apuntes contables que no tienen un respaldo documental mínimo que permita considerar que los pagos efectuados se corresponden con servicios realmente realizados y no con movimientos de descapitalización de la sociedad. Por lo que concurre el supuesto del art. 164.2.1º LC que determina en todo caso la calificación culpable.

6. El recurso del apelante insiste en la inexistencia de dolo o culpa grave en su actuación como liquidador, de modo que no se da el requisito necesario para que el concurso sea calificado culpable (art. 164.1 LC).

Alega, en síntesis, que en la fase de liquidación consiguió que socios y terceros condonaran a la sociedad las deudas derivadas de los préstamos efectuados, por lo que logró minorar el pasivo de la sociedad; no contrajo deuda alguna y presentó la solicitud de concurso en el plazo legal.

Niega el incumplimiento de las obligaciones relativas a la llevanza de la contabilidad y la existencia de irregularidades relevantes y afirma que ha facilitado toda la documentación que le ha sido requerida y de la que disponía; la ausencia de declaraciones fiscales responde a que no se liquidaron los correspondientes tributos.

TERCERO. 7. La simple negación de las irregularidades contables no desvirtúa la realidad de desorden y deficiencias contables que pone de manifiesto la AC en su informe de calificación tras examinar toda la contabilidad y documentación de que ha dispuesto: existen asientos contables de los que no se dispone de documentación soporte y otros que no atienden a los principios contables, presentando irregularidades que determinan que las cuentas anuales no reflejen la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad. La AC concreta seguidamente las deficiencias apreciadas, que muestran la realización de pagos y operaciones de las que se carece del correspondiente soporte documental, así como las irregularidades detectadas en concretas cuentas y asientos, que sugieren el registro de operaciones ficticias.

8. Las conductas que describe el art. 164.2 LC, por sí solas, determinan la calificación de concurso culpable sin posibilidad de prueba en contrario, por lo que no es necesario acreditar el elemento culpabilístico ni la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia.

Ha reiterado la jurisprudencia en este sentido (STS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012, entre otras) que el art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable *“en todo caso”*, en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el

resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo precepto. Se trata de conductas, dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII), que por su intrínseca naturaleza (es decir, por su especial gravedad, según estima la Ley), determinan esa calificación *en todo caso*.

CUARTO. 9. De otro lado, el art. 165 LC, que conforme ha declarado la jurisprudencia complementa al art. 164.1, ordena presumir (*iuris tantum*) el comportamiento doloso o gravemente negligente del administrador o liquidador en la generación o agravación de la insolvencia si se da cualquiera de las circunstancias que describe, entre ellas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso en el plazo que establece el art. 5.1 LC.

Entendemos que al construirse la presunción sobre otros comportamientos que suponen el incumplimiento de un deber legal, como el de solicitar el concurso en el plazo que indica el art. 5.1 LC, la presunción se extiende así mismo a que ese comportamiento infractor ha contribuido a generar o a agravar la insolvencia, salvo prueba en contrario a cargo del concursado o de las personas afectadas por la calificación. Si no fuera así faltaría el enlace causal lógico y preciso entre los comportamientos descritos en el art. 165 que sirven de base de partida para presumir el dolo o la culpa grave en relación con los concretos comportamientos que han de integrar el enunciado general del art. 164.1, el cual a su vez –cabe concluir– puede llenarse con los comportamientos que describe el art. 165.

Interpretamos que en este sentido el TS ha matizado el alcance del art. 165 LC en las STS de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012, proyectando la presunción del precepto tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el art. 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

10. Sobre el hecho objetivo del retraso en la solicitud del concurso, ha de admitirse que efectivamente lo hubo, pues los indicios aportados apuntan a que esta situación o estado se manifestó al inicio de 2005, como concluye la sentencia apelada.

La AC ha constatado que las deudas frente a la TGSS y la Agencia Tributaria, que han motivado numerosas providencias de apremio y diligencias de embargo, se originan desde el último trimestre de 2004, y el impago ha sido prácticamente generalizado. Este dato es revelador del estado de insolvencia de conformidad con lo dispuesto por el art. 2.4.4º LC (el incumplimiento de las obligaciones tributarias y de cuotas de la seguridad social durante tres meses) y constituye una presunción de que el administrador ha conocido o debido conocer el estado de insolvencia conforme indica el art. 5.2 LC.

En cualquier caso, el apelante admite que *“la crisis de mi representada se agudizó en el ejercicio de 2006, a raíz de la caída de clientes que afectó a la compañía WEP., S.L.”* (pág. 4 del recurso) y que *“el sobreseimiento en los pagos se inicia con el fallecimiento del Sr. R., administrador de la compañía WEP., S.L., único cliente de la concursada”* (pág. 6), fallecimiento que se produjo en febrero o bien marzo de 2006.

Sin embargo, no es hasta diciembre de 2007 cuando se presenta la solicitud de concurso. Ese amplio período de demora es susceptible de haber agravado la insolvencia, al igual que el transcurrido desde el nombramiento del Sr. C. como liquidador (abril de 2007) hasta que el concurso es solicitado.

11. La concurrencia de estas causas de calificación culpable hace que sea innecesario proseguir la fundamentación para confirmar la calificación.

QUINTO. 12. Desestimado el recurso deben imponerse las costas al apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 146/2013, de 10 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para que se dé la conducta del art. 164.2 1º, las irregularidades deben ser tal entidad y relevancia que impiden o dificultan conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad. Se considera **irregularidad contable** una disminución del saldo de caja imputado a pérdidas de ejercicios anteriores, que en realidad supone una salida de caja sin soporte documental; un reajuste en la valoración de existencias, por haberse recogido en balances anteriores un valor inadecuado; la contabilización como pago efectuado por el cliente, cuando la operación consistió en devolución de mercancía.

Además, una opinión negativa del auditor de cuentas respecto de las cuentas del año anterior al concurso, añade presunción a la gravedad de las irregularidades contables.

Respecto a la calificación del concurso, las conductas del art. 164.2 LC, por sí solas determinan la calificación de concurso culpable, por su especial gravedad, **sin posibilidad de prueba en contrario**.

Notas: Reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto el art. 164.2, STS de 6 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada calificó como culpable el concurso de SAN. EUM., S.L., declaró personas afectadas por la calificación a sus administradores solidarios Sres. O.G.A. y S.G.A., a los que condenó a la sanción de inhabilitación prevista en el art. 172.2.2º LC por el período de dos años y a la pérdida de cualquier derecho que pudieran ostentar en el concurso y, así mismo, de conformidad con el art. 172.3 LC (actual art. 172 bis), condenó a los citados administradores a pagar a los acreedores concursales la suma de 713.317,74 euros.

La calificación culpable del concurso se basó en la concurrencia de la conducta descrita en el art. 164.2.1º LC, que determina dicha calificación *“en todo caso”* cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad *“(…) hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara”*.

2. El concurso voluntario de SAN. EUM., S.L. fue declarado por auto de 18 de septiembre de 2008.

La administración concursal (AC) fundamentó la calificación culpable por concurrir el supuesto descrito en dicho precepto a partir de determinadas irregularidades contables que detectó en las cuentas anuales del ejercicio de 2007, de las que derivaba una salida injustificada de bienes del patrimonio de la concursada.

En el informe de auditoría de las referidas cuentas anuales, el auditor de la sociedad advirtió que en el ejercicio se habían imputado con cargo a *“cuentas de Remanente”* un total de 2.047.495,16 euros con contrapartida a cuentas de tesorería, gastos por aprovisionamientos, deudores, créditos y existencias. Concluía expresando la opinión de que, atendida la importancia de las salvedades que indicaba, las cuentas del ejercicio de 2007 no reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, de los resultados de sus operaciones y de los recursos que ha obtenido y aplicado durante el ejercicio.

3. Las irregularidades contables relevantes que, a juicio de la AC, harían realidad el supuesto descrito por el precepto derivan de una cuenta de pasivo incluida en las cuentas de 2007 titulada "*Remanente pendiente de aplicación*" (a la que hizo referencia al auditor) que arroja un saldo total de 2.047.495,16 €. Esa cuenta comprende tres partidas (a salvo las referidas a "ajustes por saldos de dudoso cobro" y a "retrocesión previsión rappel"), por la suma total de 2.000.508,02 €, de las que la AC no ha obtenido justificación documental, y que constituyen importantes irregularidades que impiden o dificultan la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada, además de sugerir una salida injustificada de bienes.

Las partidas cuestionadas son las siguientes:

A) Partida "ajustes actualización compras", por importe de 334.579,54 €, sobre la cual la AC manifestaba no haber obtenido ninguna explicación ni ningún soporte documental que la justifique.

La AC explica la trascendencia de esta irregularidad y su incidencia en el reflejo contable de la situación patrimonial de la sociedad:

El ajuste efectuado implica que las compras a proveedores contabilizadas en la cuenta 600 ("compras"), en la que se abona el ajuste, se consideran como no correctas en la suma de 334.579,54 €, pero no se identifica la razón por la que no son correctas ni a qué operaciones concretas afecta.

Si las compras contabilizadas en su momento con respecto a cada proveedor sufren un ajuste de cuantía tan importante, debería estar contabilizada la rectificación con respecto a cada proveedor y concreta operación, y deberían existir notas de abono de los respectivos proveedores por ese importe, pero no existe ninguna justificación documental, ni a qué asientos se refiere, ni a qué proveedor.

La AC analiza la cuenta 600 ("compras") en la que se recogen los tres ajustes con contrapartida a la "*cuenta remanente pendiente de aplicación*", y detecta que en fechas próximas a los tres ajustes se registran tres facturas por compras por igual importe a la sociedad S.T.B., S.L., que es una sociedad filial de la concursada y con los mismos socios. No obstante, al registrar el ajuste no se rebaja el saldo acreedor de dicha sociedad generado por tales compras.

Ello ha supuesto que, si bien por virtud del ajuste se reduce el importe total de compras a S.T.B., S.L., no se ha reducido correlativamente el saldo acreedor de dicha sociedad en la correspondiente cuenta con el proveedor, y posteriormente se ha cancelado íntegramente la deuda que mantenía S.T.B., S.L. frente a la concursada (como cliente, por otras operaciones) mediante compensación con el saldo deudor de la concursada registrado en la cuenta con dicho proveedor. En definitiva: de un lado, en la contabilidad se reduce el importe de las compras a ese acreedor, pero por otro lado se pagan esas compras, por dicho importe total (334.579,54 €).

Esta operativa contable implica una irregularidad relevante puesto que se ajustan (abonan) compras contra una cuenta de remanente (pérdidas de ejercicios anteriores) pero no contra la cuenta acreedora del proveedor que debería haber hecho el abono. Con lo que da lugar a una disminución patrimonial no justificada por la referida cantidad, que hubiera debido retornar al activo ya sea en forma de abono del proveedor o en forma de devolución de tal cantidad, lo cual no se ha producido, o si se ha producido no se ha justificado, por lo que puede concluirse que ha habido un vaciamiento patrimonial por importe de 334.579,54 €.

B) Partida "traspasos caja", por importe de 378.738,20 €.

Implica que mediante diversos asientos contra caja por este importe se disminuye el saldo contable de caja, sin que la AC haya obtenido ningún soporte documental que lo justifique.

Alegaba la AC que no se conoce el motivo por el que, durante el ejercicio de 2007, mediante diversos traspasos a la "*cuenta remanente pendiente de aplicación*" se procede a disminuir el saldo de caja.

En definitiva, durante el ejercicio de 2007 aparecen unas salidas de caja por un total de 378.738,20 € que carecen de soporte documental y son imputadas a la cuenta de *“remanente pendiente de aplicación”*, como una pérdida de ejercicios anteriores, lo que supone, además de una salida dineraria no justificada, una irregularidad relevante en la contabilidad al no existir soporte documental justificativo.

C) Partida *“variación de existencias de ejercicios anteriores”*, por importe de 1.075.429,32 €.

La AC detecta que se contabiliza con fecha 2 de enero de 2007 en la cuenta de balance de *“existencias”* un reajuste de existencias por dicho importe, con imputación a la referida cuenta *“remanente pendiente de aplicación”*, indicando el asiento que la variación tiene su origen en ejercicios anteriores.

La AC manifiesta que si bien no puede afirmar que se haya producido una salida fraudulenta de existencias o alzamiento en perjuicio de los acreedores, lo que existe en todo caso es una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial de la concursada, pues hasta el ejercicio de 2007 se presentaron unos balances en los que se recogía un valor para las existencias que no era real, y por tanto no se reflejaba la imagen fiel del patrimonio (y ya el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio de 2006 advertía de la falta de recuento de las existencias).

4. Sobre la base de los hechos expuestos, la AC interesaba la condena, estimada por la sentencia, de los dos administradores solidarios, Sres. O.G.A. y S.G.A., como personas afectadas por la calificación, al pago a la masa de la cantidad de 713.317,74 €, que se corresponde con la suma de las partidas de *“ajuste actualización compras”* y *“traspaso de caja”*, incluidas en la referida cuenta *“remanente pendiente de aplicación”*, por identificarlo como importe total salido del patrimonio de la concursada sin justificación y, en ese importe, como daño causado a la masa activa.

5. La sentencia explica las irregularidades descritas y fundamenta su trascendencia a los efectos de la calificación del concurso en el marco del art. 164.2.1º LC y de la condena que prevé el art. 172 bis. Concluye (fundamento 25) que las irregularidades contables cometidas por los administradores en las cuentas de 2007 han sido tan graves que han provocado que los auditores expresen su opinión desfavorable en el sentido de que tales cuentas no reflejan la imagen fiel de la compañía, y además permiten constatar un absoluto descontrol en las operaciones entre la concursada y la sociedad filial S.T.B., S.L.; un absoluto descontrol de las salidas de caja, de las que no se ha dado una explicación cierta (en cuanto a la suma de 378.738,20 €); y una alteración dolosa o negligente de la situación patrimonial de la sociedad durante varios ejercicios por no haber adecuado el valor de las *“existencias”*.

SEGUNDO. 6. El recurso de apelación del administrador Sr. Sigfrido se limita a impugnar las concretas irregularidades contables en las que se fundamenta la declaración de concurso culpable de conformidad con el art. 164.2.1º LC, argumentando que, a estos efectos, no se trata de **irregularidades relevantes**.

7. En cuanto a la **partida de ajustes por actualización de compras** (334.579,54 €) alega que en la cuenta de mayor con la sociedad filial S.T.B., S.L. están contabilizadas tres facturas (antes mencionadas, en el subapartado A del fundamento 3) y en la misma cuenta se observa el abono de las tres indicadas facturas, aunque erróneamente se consigna como pago efectuado por el cliente, cuando la operación consistió en devolución de mercancía. Este error determinó otro, consistente en mantener como existencias al cierre del ejercicio la mercancía correspondiente a dichas facturas, lo que supone un **incremento patrimonial no justificado que se regularizó en la cuenta de pasivo de *“remanente pendiente de aplicación”***, de forma que el aumento de las mercancías quedaba compensado con el mismo importe en la cuenta de pasivo pendiente de aplicar, con lo que no se producía ninguna variación patrimonial con respecto a la contabilización correcta.

8. Esta explicación, que viene a **admitir la irregularidad contable denunciada, no desvirtúa la relevancia exigida por el precepto** a los efectos de comprender la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

El resultado de la irregularidad no ha sido sólo que permanecieran contabilizadas mercancías que en realidad fueron devueltas al proveedor (en la versión del apelante), sino que no se contabilizó el abono correspondiente en la cuenta del proveedor (sociedad filial, con los mismos socios) por cada compra facturada que fue devuelta, de modo que no se redujo su saldo contra la concursada, y se procedió a compensar ese saldo deudor para la concursada con el saldo acreedor que mantenía frente a ese mismo proveedor, pagándose compras que se habían devuelto. Se añade la falta de especificación contable y de documentos soportes que justifiquen los movimientos, y en realidad también el desconocimiento de los motivos por los que se procede a la reducción de compras en cuantía tan elevada.

TERCERO. 9. En relación con la **partida de “traspasos de caja”** (378.738,20 €), alega que la cuenta de mayor de caja empleada por la concursada **no sólo recogía los movimientos propios de caja sino otros ajenos a este concepto**, que se valen de dicha cuenta como **“cuenta puente”**. Concretamente, la concursada ha utilizado esta cuenta de mayor para reflejar los **movimientos con su sociedad filial S.T.B., S.L.**, tanto respecto a la facturación cruzada entre ambas como respecto a pagos, abonos, devolución de mercancía, etc., si bien la contrapartida tenía su reflejo en la cuenta de proveedores o de clientes.

Reconoce, en fin, la incorrección de asientos en esta cuenta de mayor, en la que se reflejan ingresos y pagos que no corresponden a verdaderos movimientos de caja, pero –alega– en ningún caso esta deficiencia comporta una irregularidad, porque los movimientos reflejados en la cuenta son reales.

10. Se reconocen por el apelante en este punto las irregularidades contables afectantes a esta cuenta de caja, generadas por una utilización incorrecta, desviada del destino y funcionalidad propia de esta cuenta contable. **La excusa no desvirtúa la relevancia de la irregularidad**, teniendo en cuenta que, resultado de ella, durante 2007, mediante diversos traspasos a la cuenta de pasivo *“remanente pendiente de aplicación”*, se disminuye el saldo de caja por importe de 378.738,20 €, que se imputa a pérdidas de ejercicios anteriores, y que **en realidad supone una salida de caja por dicho importe** de la que no se dispone de soporte documental, ni se da cuenta del destino (en este sentido, la sentencia alude al *absoluto descontrol* contable en las operaciones entre la concursada y su filial).

CUARTO. 11. Con respecto a la **partida de “variación de existencias de ejercicios anteriores”** (1.075.429,32 €) alega el recurso que la incorrecta valoración no responde a diferencias de unidades de mercancía (del *stock* en almacén), sino a un reajuste de su valoración al cierre del ejercicio de 2007 para adecuarla (desde el precio de adquisición, por el que constaban contabilizadas) a un valor de liquidación, y no ya de empresa en funcionamiento, depreciando el valor de los productos de poca o escasa rotación.

12. La sentencia razona, a la hora de valorar la trascendencia de este ajuste, que al imputarse a pérdidas de ejercicios anteriores supone que en esos ejercicios anteriores las existencias no estaban correctamente valoradas, lo que repercutía en la comprensión de la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

Hemos de recordar en este punto que la **AC** no construía un **reproche** de salida injustificada de existencias, sino de **irregularidad contable** afectante a su valoración, por haberse recogido en **balances anteriores un valor inadecuado**.

En este contexto entendemos que el reajuste de valoración, por su importancia cuantitativa (más de un millón de euros), no queda justificado en la medida necesaria por las razones que aduce el administrador apelante, teniendo en cuenta que el ajuste se imputa a pérdidas de ejercicios anteriores, de lo que deriva, en principio, que en ejercicios anteriores las existencias no estaban **correctamente contabilizadas**. Refuerza esta circunstancia la salvedad expresada por el auditor de cuentas referida a la falta de recuento físico de las existencias por causas que no le son imputables, lo cual limita su opinión sobre el valor atribuido en el balance. En todo caso, en la memoria de las cuentas anuales de 2007 se hace constar que las existencias son valoradas según el precio de adquisición (f. 26),

sin referencia alguna a una modificación de criterio de valoración, y sin ninguna advertencia sobre un inminente destino de liquidación de la sociedad.

QUINTO. 13. Por último, es un dato significado a estos efectos, **en orden a calibrar la relevancia de las irregularidades para impedir o dificultar la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, la opinión negativa expresada por el auditor de cuentas en el sentido de que las cuentas anuales del ejercicio de 2007, inmediatamente anterior a la solicitud de concurso, no reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la concursada.**

14. De otro lado, el hecho de que las irregularidades se refieran a las cuentas anuales de 2007 y que estas cuentas fueran aprobadas el mismo día en que fue solicitado el concurso y depositadas en el Registro Mercantil con posterioridad a su declaración, resulta intrascendente a la hora de calificar el concurso como culpable de acuerdo con el art. 164.2.1º LC. Interpretada la norma en sus justos términos, **si las irregularidades son de tal entidad y relevancia que impiden o dificultan conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad, ha de estimarse concurrente el supuesto de hecho de la norma, y así sucede en el caso presente, sin que la demandada haya aportado argumentos sólidos y concretos que permitan alcanzar una conclusión diferente.**

15. Para terminar, **las conductas que describe el art. 164.2 LC, por sí solas, determinan la calificación de concurso culpable sin posibilidad de prueba en contrario**, por lo que no es necesario acreditar el elemento culpabilístico ni la relación de causalidad con la generación o agravación de la insolvencia.

Ha reiterado la jurisprudencia en este sentido (STS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012, entre otras) que el art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable *"en todo caso"*, en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo precepto. Se trata de conductas, dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII), que por su intrínseca naturaleza (es decir, por su especial gravedad, según estima la Ley), determinan esa calificación *en todo caso*.

Por todo ello, la decisión de la sentencia apelada en cuanto a la calificación del concurso es de todo punto correcta. No entramos en más consideraciones al no impugnar el recurso la cuantía de la condena.

SEXTO. 16. Desestimado el recurso deben imponerse las costas al apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 154/2013, de 15 de Abril de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En cuanto a las **indemnizaciones de los administradores sociales**, el Ministerio Fiscal puede corroborar o no la propuesta que previamente haya formulado la administración concursal, así como proponer otra distinta (que incluya, además, una indemnización por daños y perjuicios).

Por otro lado, cualquiera de las **conductas descritas en el art. 164.2** (supuestos legales de culpabilidad del concurso) determinan por sí solas la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación.

Cuando los **administradores culpables son solidarios**, si no se aporta algún dato o

circunstancia justificante, no cabe un tratamiento diferenciado, por lo que deben responder en igual medida. Así, en administradores solidarios, es excepcional la "individualización" de la responsabilidad, en atención a la participación de cada uno de ellos en los hechos determinantes de la calificación.

Notas: Referencia al cambio del criterio jurisprudencial, STS de 6 de octubre de 2011 y STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los demandados Don J.J.L.N. y Don M.N.C., administradores solidarios de la concursada CAN. LOP., S.L., recurren en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 7, de 18 de abril de 2012, que califica el concurso de aquella entidad como culpable. La sentencia tiene por probada la existencia de irregularidades relevantes en la contabilidad (artículo 164.2, apartado primero), al haberse anulado saldos de clientes y proveedores contra la cuenta "Partidas Pendientes de Aplicación" en cantidades muy significativas, sin que se haya ofrecido por los demandados explicación alguna razonable. En segundo lugar, aprecia inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud (artículo 164.2, apartado segundo) y, en concreto, en la relación de bienes y derechos, al incluir maquinaria por valor de 31.500 euros y derechos de cobro por 13.854,89 euros, cuando el valor total de los bienes del inventario quedó finalmente fijado en 3.500 euros. Por último, la sentencia de instancia, ante la ausencia de cualquier explicación sobre las salidas de efectivo por importe de 25.370 euros en fechas muy próximas a la solicitud de concurso, estima que concurre también el supuesto de salida fraudulenta de bienes del artículo 164.2, apartado quinto.

La sentencia apelada, por otro lado, declara como personas afectadas por la calificación a los administradores solidarios de la concursada, a quienes condena, en concepto de daños y perjuicios, al pago de 25.370 euros (artículo 172.2-3º de la Ley Concursal, en su redacción anterior a la Ley 38/2011), y a que paguen a los acreedores concursales 33.548,90 euros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172.3º.

SEGUNDO.- Los demandados recurren en apelación la sentencia alegando, en primer lugar, que condena a los demandados al pago de una cantidad superior a la pretendida por la administración concursal, sumándose a la petición del Ministerio Fiscal que, a juicio de los recurrentes, se limitó a adherirse a la propuesta de aquélla. En segundo lugar alegan que ni la demora en la solicitud de concurso ni las conductas que han determinado la culpabilidad generaron o agravaron la situación de insolvencia, requisito que, a su entender, debe exigirse también para declarar la responsabilidad de los administradores. Por último denuncian que la sentencia no haya individualizado la cantidad de la que deben responder cada uno de los demandados en atención a su participación en los hechos.

La administración concursal se opone al recurso por los propios argumentos de la sentencia apelada.

TERCERO.- En cuanto a la incongruencia, los recurrentes alegan infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse apartado la sentencia de la petición de la administración concursal, alegación que no puede ser acogida. La jurisprudencia, de forma reiterada, tiene declarado que **la congruencia consiste en el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, de tal manera que no puede darse más de lo pedido en la demanda ni otorgar otra cosa diferente (sentencia del TS de 2 de noviembre de 2009).**

En la pieza de calificación, sin embargo, junto a la administración concursal interviene también el Ministerio Fiscal, que emite su propio dictamen formulando o no pretensión de culpabilidad. Obviamente, **el Ministerio Fiscal puede corroborar o no la propuesta que previamente haya formulado la administración concursal.** En el presente caso, aun cuando es cierto que la administración concursal interesó, de forma principal, que se condenara a los demandados al pago de 33.548,90 euros y, subsidiariamente, a la suma de 25.370 euros, el Ministerio Fiscal interesó que la condena comprendiera ambas cantidades, la primera, por la salida fraudulenta, y la segunda por el "agravamiento de su situación patrimonial por la tardía presentación de

la solicitud de concurso”.

Es más, uno y otro informe, a estos efectos, se complementan. La administración concursal, al amparo del artículo 172.3º de la Ley Concursal –en su redacción vigente al tiempo de presentarse el informe–, interesa se condene a los demandados a que paguen a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación hasta el límite de 33.548,90 euros, en tanto que el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 172.2º-3º, formula su pretensión de condena en concepto de daños y perjuicios.

CUARTO.- En segundo lugar los recurrentes sostienen que no procede la culpabilidad por cuanto ni la demora en la solicitud del concurso (artículo 165.1º), ni las conductas del artículo 164 agravaron la situación de insolvencia. Sin embargo, la sentencia de instancia no justifica la culpabilidad en el incumplimiento del deber de solicitar el concurso (fundamento cuarto). Y, en cuanto aquéllas, **el artículo 164 no exige que contribuyan en la generación o agravación de la insolvencia**. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 (RJ 8004/2011) señala que *“los supuestos del apartado 2 del art. 164 LC no lo son de “presunción” de dolo o culpa grave, sino que se trata de supuestos legales de culpabilidad del concurso, como lo revela la expresión inicial «En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los supuestos siguientes:...».* Por consiguiente, **cualquiera de las conductas descritas en dicho apartado 2 del art. 164 determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave (sin perjuicio de la que corresponde a la propia conducta) y de haber generado la insolvencia o producido su agravación.** En este sentido ya se manifestó esta Sala en la Sentencia de 6 de octubre de 2011, núm. 644, cuando declara que en el segundo de los dos criterios que la LC establece para la calificación de concurso culpable - el del art. 164.2- (el otro es el del art. 164.1) *“la calificación es ajena a la producción del resultado de generación o agravación de la insolvencia y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma”.*

QUINTO.- Por lo demás, los demandados no cuestionan los hechos que han determinado la calificación del concurso como culpable ni que concurran las presunciones *iuris et de iure* de los apartados primero (irregularidades contables), segundo (inexactitud en los documentos acompañados a la solicitud) y quinto (salida fraudulenta de bienes) del artículo 164.2º de la Ley Concursal. Por ello, amén de mantener la calificación del concurso como culpable, debe confirmarse también la condena a los demandados a que indemnicen a la masa por la cantidad indebidamente dispuesta -25.370 euros-, tal y como dispone el artículo 172.2º-3ª.

Por último la recurrente trae de nuevo a colación la falta de un nexo causal entre las conductas determinantes de la culpabilidad y la generación o agravación de la insolvencia, para sostener que no procede la condena al pago a los acreedores concursales de 33.548,90 euros de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 172.3º de la LC. Pues bien, el criterio que venía manteniendo este tribunal, basado, en efecto, en ese **nexo de causalidad**, ha sido **modificado a raíz de la doctrina del TS**, actualmente ya perfilada, sobre la naturaleza del **régimen de responsabilidad concursal**. La sentencia aplica correctamente esa doctrina del TS sobre la **naturaleza y consecuencias de la acción de responsabilidad**, doctrina sentada a partir de la **STS de 6 de octubre de 2011**, que luego ha sido reiterada y completada por las de 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012.

En nuestra anterior sentencia de 20 de febrero de 2013 (Rollo 301/2012), aludíamos a que en aquella primera **STS significativa (6 de octubre de 2011)**, el TS declara (extractamos las ideas relevantes para resolver el motivo de apelación) que:

a) No cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC –hoy artículos 172 bis- a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º.

b) La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los

acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, *“no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida”*.

c) Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.

d) En todo caso, no debe olvidarse que la norma del apartado 3 del art. 172 LC no debe concebirse como *sancionadora en sentido estricto* (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece *“cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

Esta concepción del régimen de responsabilidad concursal ha sido desarrollada en Sentencias posteriores, que condensa la STS de 16 de julio de 2012:

a) No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino de *“un supuesto de responsabilidad por deuda ajena”*, cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

b) *“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos”*.

c) La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *“si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*.

Esta interpretación no descarta -apuntamos nosotros- que si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance.

d) Es necesario -prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011”*.

Finalmente –concluye la STS- *“este es el criterio que tuvieron en cuenta las sentencias de instancia y, en contra de lo afirmado, expresamente fue ponderado por la recurrida que, razonadamente, expuso las consideraciones que “llevan a moderar la condena a la cobertura del déficit que aparece impuesta por la Sentencia recurrida a un porcentaje del 50% que se estima adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes”.*

Aplicada la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, atendida la gravedad de las conductas atribuidas a los demandados, estimamos que ha de mantenerse la condena en la cuantía fijada en la sentencia de instancia, suma de la que deben responder los dos demandados. En el recurso los demandados denuncian que no se haya “individualizado” la responsabilidad en atención a la participación de cada uno de ellos en los hechos determinantes de la calificación. Sin embargo, siendo los demandados administradores solidarios y no constando dato o circunstancia alguna que justifique un tratamiento diferenciado, los dos deben responder en igual medida.

SEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la parte apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 155/2013, de 15 de Abril de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación con la **insolvencia**, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones ha de ser definitivo, general y completo, que incluye el impago en un porcentaje superior al 50% de las obligaciones.

Cuando el deudor incurra en alguno de los supuestos del artículo 165 LC (**retraso en la solicitud de concurso**), habrá que presumir, salvo prueba en contrario, que actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, y por ende, calificar el concurso como culpable.

La **cuantía de la indemnización**, tras un estudio del juez, debe ser proporcionada a la culpabilidad en los hechos que provocaron la agravación. Una buena aproximación puede ser la suma en que se agravó la insolvencia como consecuencia de la actuación culposa del administrador (demora en la solicitud de concurso).

Notas: Referencia al cambio del criterio jurisprudencial, STS de 6 de octubre de 2011 y STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La concursada DIV. VAL., S.L. y Don J.C.L., recurren en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 4, de 13 de julio de 2012, que califica el concurso de aquella entidad como culpable. La sentencia declara que hubo demora en la solicitud de concurso. Acogiendo el criterio de la administración concursal, concluyó que a 31 de marzo de 2009 se evidenció la situación de insolvencia y ello a partir de tres datos concretos: los fondos propios de la compañía al cierre del ejercicio 2008 eran negativos, a esa fecha la concursada había dejado de atender el 52% del pasivo total, lo que suponía una cifra de 835.575,87 euros y, por último, también a esa fecha DIV. VAL., S.L. había dejado igualmente de pagar créditos públicos. El concurso finalmente se presentó el 9 de febrero de 2010, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4º y 5 de la Ley Concursal, el *juez a quo* señala que hubo un retraso de ocho meses.

La sentencia apelada, por otro lado, declara persona afectada por la calificación al administrador único de la compañía Don J.C.L., al que condena al pago del 4,32% del déficit concursal. En ese porcentaje la administración concursal había cuantificado la agravación de la insolvencia.

SEGUNDO.- Los demandados recurren en apelación la sentencia alegando, con carácter previo, la nulidad de actuaciones, dado que el Juzgado no convocó a las partes a vista a pesar de haberlo solicitado en el escrito de oposición. En segundo lugar, en cuanto al fondo del asunto, la apelante entiende que la insolvencia se manifestó en agosto de 2009, por lo que la demora sólo se prolongó por tres meses. En tercer lugar afirma que el retraso en la solicitud de concurso no agravó la insolvencia, por lo que considera que no es procedente la declaración de culpabilidad ni la responsabilidad del administrador conforme al artículo 172.3º de la Ley Concursal –en su redacción vigente al tiempo de elaborarse el informe de la administración concursal-.

La administración concursal se opone al recurso por los propios argumentos de la sentencia apelada.

TERCERO.- En cuanto a la nulidad de actuaciones, debe **desestimarse al no haber denunciado el demandado la infracción procesal en el momento en que se cometió**. De acuerdo con el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el recurso de apelación podrá invocarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, en cuyo caso el apelante, además de alegar, en su caso, indefensión y de citar las normas que considere infringidas, “deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para hacerlo”.

En el presente caso los demandados, a pesar de proponer como único medio de prueba la documental, solicitaron por otrosí digo en el escrito de oposición la celebración de vista. El Juzgado, por providencia de 16 de enero de 2012 (folio 256), rechazó señalar a vista al no haber propuesto las partes en sus respectivos escritos prueba distinta de la documental. Dicha resolución no fue recurrida por la apelante, alcanzando firmeza, por lo que no puede ahora pretender la nulidad con fundamento en un defecto procesal que no fue denunciado oportunamente.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente considera, en contra de lo argumentado en la sentencia de instancia, que no hubo demora en la solicitud de concurso o que si la hubo apenas lo fue de tres meses, no agravando la insolvencia. Como es sabido, el artículo 165.1º de la Ley Concursal 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, “hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso”. La norma nos remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2.

La apelante no cuestiona en el recurso –y tampoco lo hizo en la oposición- que a 31 de marzo de 2009 DIV. VAL., S.L. hubiera dejado de atender el 52% de sus obligaciones, si bien, a su entender, ese impago dista de ser “total y generalizado”, afirmación que no compartimos. Es cierto que de forma reiterada venimos sosteniendo que el **sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, como hecho revelador de la insolvencia, ha de ser “definitivo, general y completo”, calificativos que utilizamos en contraposición a impagos esporádicos o aislados**. No es preciso, a estos efectos, que se dejen de atender todas y cada una de las deudas, sino que **basta con que el incumplimiento afecte a la generalidad de las obligaciones. Esa situación se da cuando, como acontece en el presente caso, el impago afecta a un porcentaje superior al 50% de las obligaciones, encontrándose la sociedad en causa de disolución por ser su patrimonio contable negativo**. El incumplimiento, además, afectaba a acreedores de toda clase –proveedores, entidades de crédito, administraciones públicas...-, según resulta del cuadro reproducido en el informe de la administración concursal (folios 18 y siguientes). Es más, consta que a partir del tercer trimestre de 2008 la concursada deja de atender reiteradamente sus obligaciones tributarias y con la Tesorería General de la Seguridad Social, incurriendo en el supuesto contemplado en el artículo 2.4-4º de la Ley Concursal, como bien se indica en el informe de la administración concursal.

Por todo ello y como conclusión, corroboramos el criterio de la sentencia de instancia, que fijó en el 31 de marzo de 2009 la fecha en la que se manifestó la insolvencia, por lo que la solicitud de concurso se demoró al menos en ocho meses. En cuanto a si la demora agravó o no la insolvencia, debemos recordar que este tribunal, con un breve intervalo en el que cambió de criterio al albur de la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Supremo, ha vuelto a su postura inicial en orden a la interpretación de la presunción del artículo 165, que es acorde con las últimas resoluciones del Alto Tribunal (SSTS de 21 de mayo -ROJ: STS 4441/2012- y 29 de junio de 2012 -ROJ: STS 4589/2012-). En este sentido, entendemos que **no es necesario, para que opere la presunción que establece el artículo 165, que se acredite que las conductas que contempla (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia.** Y ello por cuanto las conductas que el precepto describe, en su mayor parte, no inciden causalmente en la generación o agravación de la insolvencia.

En consecuencia, acreditado que el deudor incurrió en alguno de los supuestos del artículo 165, habrá que presumir, salvo prueba en contrario, que actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia. Nada ha probado la concursada en tal sentido, por lo que debemos mantener la calificación del concurso como culpable. En el recurso la apelante centra su atención, para justificar que la demora no agravó la insolvencia, en el IVA del tercer trimestre de 2009, obligación que la administración concursal incluyó como posterior al sobreseimiento generalizado. Según afirma la recurrente solicitó un “aplazamiento en el pago” y, por lo tanto, esa obligación -65.252,97 euros- no era exigible. Sin embargo, el documento aportado con su escrito de 3 de julio de 2011 (folio 258), no acredita de ningún modo tal aplazamiento. Como señala la administración concursal, no deja de ser un mero reconocimiento de deuda.

QUINTO.- La recurrente, por último, insiste nuevamente en que no se agravó la insolvencia –extremo que no acredita- para rechazar la responsabilidad del administrador de acuerdo con el artículo 172.3º de la Ley Concursal. Sin embargo, el criterio que venía manteniendo este tribunal, basado en la necesidad de apreciar un nexo causal entre la conducta determinante de la calificación y la generación o agravación de la insolvencia, ha sido modificado a raíz de la **doctrina del TS, actualmente ya perfilada, sobre la naturaleza del régimen de responsabilidad concursal.** La sentencia aplica correctamente esa **doctrina del TS sobre la naturaleza y consecuencias de la acción de responsabilidad, doctrina sentada a partir de la STS de 6 de octubre de 2011,** que luego ha sido reiterada y completada por las de 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012.

En nuestra anterior sentencia de 20 de febrero de 2013 (Rollo 301/2012), aludíamos a que en aquella primera STS significativa (6 de octubre de 2011), el TS declara (extractamos las ideas relevantes para resolver el motivo de apelación) que:

- a) No cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC –hoy artículos 172 bis- a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige.
- b) La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, *“no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida”.*
- c) Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.
- d) En todo caso, no debe olvidarse que la norma del apartado 3 del art. 172 LC no debe concebirse

como *sancionadora en sentido estricto* (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece *“cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

Esta concepción del régimen de responsabilidad concursal ha sido desarrollada en Sentencias posteriores, que condensa la STS de 16 de julio de 2012:

a) No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino de *“un supuesto de responsabilidad por deuda ajena”*, cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

b) *“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos”*.

c) La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *“si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*.

Esta interpretación no descarta -apuntamos nosotros- que si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance.

d) Es necesario -prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011”*.

Finalmente -concluye la STS- *“este es el criterio que tuvieron en cuenta las sentencias de instancia y, en contra de lo afirmado, expresamente fue ponderado por la recurrida que, razonadamente, expuso las consideraciones que “llevan a moderar la condena a la cobertura del déficit que aparece impuesta por la Sentencia recurrida a un porcentaje del 50% que se estima adecuada a la vista de las circunstancias concurrentes”*.

Aplicada la anterior doctrina al supuesto enjuiciado, estimamos que ha de mantenerse la condena en la cuantía fijada en la sentencia de instancia -el 4,32% del déficit concursal- que es a todas luces proporcionada atendidos los hechos que han determinado la culpabilidad, máxime cuando, además, ese porcentaje responde a la suma en que se agravó la insolvencia como consecuencia de la demora en la solicitud de concurso.

SEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la parte apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 154/2013, de **10 de Diciembre de 2013**.

Ponente: Marta Rallo Ayezcurén

Resumen: Establecido el **retraso**, se presume –salvo prueba en contrario– que ha contribuido a agravar la insolvencia y, en consecuencia, debe calificarse el concurso como culpable (165.1º LC).

En relación a la **responsabilidad del art. 172 bis LC**, se trata de enjuiciar en qué medida es imputable al administrador el descubierto o déficit originado en el patrimonio de la concursada.

El artículo 172.3 LC (actual artículo 172.bis) no establece una acción de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, es decir, una acción de daños por culpa. **La imposición de la responsabilidad** no es automática como consecuencia de la consideración del concurso como culpable, sino que **exige un juicio de imputación autónomo y añadido al de la culpabilidad**, aunque pueda nutrirse de algunos de los elementos que determinaron la calificación culpable, tal y como resulta de esos criterios jurisprudenciales establecidos por el T.S. Sin embargo, los parámetros de ese juicio de imputación de responsabilidad no son los propios de la responsabilidad por daños. Entendemos que el TS la interpreta como una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad.

En cuanto a las **medidas cautelares**, atendidas las facultades conferidas a la AC, no es necesario ni procedente, acordar con carácter simultáneo al embargo preventivo, la medida de aseguramiento de la administración judicial, si no se ha aportado ninguna circunstancia específica reveladora de un peligro a cuya evitación sirva el instrumento añadido de administración judicial de las sociedades.

Notas: SSTS de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012 y 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Don V.R.P. y COP.CORP., S.A. apelan contra el auto del juzgado mercantil que, con base en el artículo 48.3 de la Ley concursal (LC) y a solicitud de la administración concursal (en adelante, AC) de COP.O.S., S.A., acordó la medida cautelar de embargo de los bienes del Sr. V.R.P. y COP.CORP., S.A., en los términos que se han transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución. Los apelantes solicitan:

a) Con carácter principal, que se revoque el auto impugnado y se dejen sin efecto las medidas.

Subsidiariamente:

b) Para el supuesto de que se aprecie el incumplimiento de los apelantes de la presentación de la declaración de insolvencia, que se tome como fecha en que ésta debió formularse la de 9 de enero de 2011, con nuevo cálculo de la responsabilidad de los recurrentes, con base en el riesgo agravado desde aquellas fechas.

c) Que se excluya del ámbito de responsabilidad de los apelantes el importe basado en la compraventa de las parcelas 40.462, 40.464 y 40.463, “por importes respectivos de 20.362.480,26 euros y 15.750.000 euros”.

- d) Que se levante y deje sin efecto la administración judicial de las sociedades cuyo capital sea de titularidad de los apelantes.
- e) Que se levante y deje sin efecto el embargo de los bienes de las sociedades cuyo capital sea de titularidad mayoritaria de los apelantes, así como la administración judicial de las sociedades de ellas filiales.

2. El juez considera que concurren en don V.R.P. y COP.CORP., S.A. los requisitos exigidos en el artículo 48.3 de la Ley concursal (LC).

Estima como hecho indiscutible la insuficiencia de la masa activa para satisfacer las deudas concursales. A la vista del informe del artículo 75 de la LC, el déficit patrimonial asciende a **286.122.021,08** euros; la masa pasiva (sin contar los créditos contra la masa) es de 388.541.016,71 euros y el activo, de 102.418.995,63 euros.

Según el Sr. magistrado, la insuficiencia de masa activa, la inexistencia de liquidez, los gravámenes sobre los bienes y derechos, unidos a otros datos, como la reducción drástica de la actividad empresarial, los embargos administrativos ejecutados ex artículo 55 LC, la suspensión de las facultades de administración y disposición, los conflictos derivados de las acciones de reintegración y la realidad que revela el informe de la AC –que el juez califica de dramática- son motivos que conducen a concluir que, con certeza, será procedente la apertura de la liquidación.

El juez señala que no se ha cuestionado tampoco que don V.R.P. y COP.CORP., S.A. han sido administradores de la concursada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3. Por lo que respecta a la apariencia de buen derecho, el juez analiza los tres supuestos de calificación culpable del concurso invocados por la AC (artículo 165.1, artículo 164.1 y artículo 164.2.1º LC) y fundamenta la adopción de la medida cautelar en los dos primeros, que analiza detenidamente.

(I) Respecto del tipo del artículo 165.1 LC, incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el auto hace constar que lo reconocen los propios administradores demandados. La declaración de concurso necesario de COP.O.S., S.A. tuvo lugar el 21 de febrero de 2011 y la situación de insolvencia se remonta, según el juez, por lo menos a 1 de octubre de 2009. En esa fecha se incumplieron de manera generalizada y continuada las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, de manera que debió solicitarse el concurso, como muy tarde, a los dos meses, el 1 de diciembre de 2009. La AC calcula el agravamiento de la insolvencia desde entonces en una suma de 18.420.984,98 euros, imputable al Sr. V.R.P. y en 958.309,51 euros, a COP.CORP., S.A., administradora desde 1 de septiembre de 2010.

(II) Respecto del tipo del artículo 164.1 LC, actos de disposición que, mediando dolo o culpa grave de los administradores, agravaron la insolvencia, el juez mercantil aprecia que: (i) el Sr. V.R.P., el 3 de diciembre de 2009, vendió a la sociedad vinculada V.P.C., S.L., las fincas 40.462 y 40.464, sitas en Tías, Lanzarote, por precio de 20.345.219,49 euros (más 1.017.260,97 euros de impuesto general indirecto), del que solo ha sido satisfecha la suma de 0,20 euros y (ii) el 29 de diciembre de 2010, el propio Sr. V.R.P., que había cesado como administrador, en virtud de los poderes generales de que disponía, vendió a la misma sociedad la finca de la concursada número 40.463, de la misma ubicación que las anteriores, por 15.000.000 euros (más 750.000 de impuesto), que igualmente se hallan pendientes de satisfacer por la compradora.

4. El juez valora que, en octubre de 2009, cuando la concursada ya estaba en situación de insolvencia, el administrador no solicitó el concurso, sino que transmitió los inmuebles, en la forma dicha. Según el Sr. magistrado, son actos llevados a cabo por el Sr. V.R.P., con plena autonomía de decisión y dirección, con el propósito de eludir el cumplimiento de las obligaciones. Aprecia una actuación dolosa que incidió directamente en la agravación de la insolvencia de la compañía en, al menos, el valor atribuido a aquellos bienes que salieron del patrimonio del deudor común (37.112.480,46 euros). Sumado el importe en que cuantificó la agravación de la insolvencia por no solicitar oportunamente el concurso, fija provisionalmente la responsabilidad de don Vicente V.R.P. en **55.533.465,44** euros.

En cuanto a COP.CORP., S.A., el auto impugnado señala que es también responsable del agravamiento de la insolvencia (que fija en 15.750.000 euros) por autorizar al Sr. V.R.P. la operación de 29 de diciembre de 2010. Sumados 958.309,51 euros del capítulo anterior, fija provisionalmente su responsabilidad en **16.708.309,51** euros.

El auto decreta el embargo de bienes de los administradores por los importes indicados.

5. El artículo 48 ter LC establece, en su apartado 1: *“Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales 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 en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley.*

El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime y podrá ser sustituido, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.”

6. Los apelantes no cuestionan su condición de administradores de la concursada ni cuestionan que el concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de créditos. Como en la primera instancia, **la discusión gira en torno a la culpabilidad del concurso y a la responsabilidad de los administradores por el déficit resultante.**

Conviene recordar que, en el enjuiciamiento para la adopción de la medida cautelar del artículo 48 ter LC, no se requiere una prueba con el grado de certeza exigido en la sentencia definitiva de condena prevista en el artículo 172.3 LC. Basta un juicio provisional e indiciario favorable, a partir de los datos de que se dispone en esta fase procesal.

En el extenso recurso de apelación, se analizan algunas sentencias relativas a la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC (actualmente, en el artículo 172 bis LC), aunque la más reciente de las resoluciones invocadas data del año 2009; se hace una amplia referencia a la actuación de las entidades financieras bancarias y a su incidencia en la situación de concurso de COP.O.S., S.A.; se trata también de la grave situación del mercado inmobiliario en el momento de los hechos; se refieren algunas actuaciones de los dos apelantes, en relación con la concursada, pero no se desvirtúan en absoluto, a nuestro juicio, los hechos básicos tenidos en cuenta por el juez al acordar el embargo preventivo.

7. Por lo que atañe al carácter culpable del concurso, el auto considera, con el carácter provisional propio del juicio cautelar, que concurren los supuestos de los artículos 165.1 y 164.1 LC.

Con arreglo al artículo 165.1º LC, 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 hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. El artículo 5.1 LC establece 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”*.

En varias sentencias –así, la de 9 de abril de 2013 o la de 15 de abril de 2013- hemos dicho que el art. 165 LC -que complementa al artículo 164.1, conforme ha declarado la jurisprudencia- ordena presumir (*iuris tantum*) el comportamiento doloso o gravemente negligente del administrador o liquidador en la generación o agravación de la insolvencia si se da cualquiera de las circunstancias que describe, entre ellas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso en el plazo que establece el art. 5.1 LC.

Entendemos que al construirse la presunción sobre otros comportamientos que suponen el incumplimiento de un deber legal, como el de solicitar el concurso en el plazo que indica el art. 5.1 LC, la presunción se extiende también a que ese comportamiento infractor ha contribuido a generar o a agravar la insolvencia, salvo prueba en contrario a cargo del concursado o de las personas afectadas por la calificación. Interpretamos que, en este sentido, el TS ha matizado el alcance del art. 165 LC en las SSTs de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012, proyectando la presunción del precepto tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el art. 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

La parte apelante admite la existencia de retraso en su solicitud, aunque afirma que la fecha procedente debe establecerse, no en 1 de diciembre de 2009, como considera el juez, sino, a lo sumo, en 20 de julio de 2010. Se refiere a las múltiples deudas con la Administración tributaria que fueron objeto de

aplazamiento y al dato de que el primer impago de estas deudas aplazadas data de 5 de marzo de 2010. En cuanto a las deudas con Hacienda cuyos aplazamientos fueron denegados, indica la fecha de 20 de mayo de 2010.

Por lo que respecta a las deudas con la Seguridad Social, los apelantes sitúan el primer impago a 30 de diciembre de 2009. Sin embargo, de los datos detallados en la solicitud de medidas de la AC, que incluye un cuadro con la composición de la deuda con la TGSS, según fechas de devengo y vencimiento iniciales –cuadro que no se ha impugnado por los recurrentes-, las cuotas impagadas a la TGSS se remontan a febrero de 2009 (cuota correspondiente a diciembre de 2008). Siguen los impagos correspondientes a las cuotas de febrero y marzo de 2009. Hay impago de las cuotas de julio, agosto, septiembre y octubre de 2009. Es cierto que, el 22 de junio de 2009, la TGSS concede un aplazamiento para la deuda de octubre de 2008 a marzo de 2009 y que el primer vencimiento incumplido de esta deuda aplazada es de 30 de diciembre de 2009, como afirma el recurso de apelación. Sin embargo, la AC señala que, al margen de ese aplazamiento (de la deuda de octubre de 2008 a marzo de 2009) que queda sin efecto por el impago de diciembre de 2009, a 1 de octubre de 2009 se había impagado también, como se ha dicho, las cuotas de julio, agosto y septiembre de 2009. Nada dice la parte demandada respecto de esas cuotas impagadas de julio a septiembre de 2009. En consecuencia, por el momento, debemos compartir la valoración del juez sobre este punto y concluir que el concurso debió solicitarse, al menos, en diciembre de 2009.

Establecido el retraso, se presume –sin que se haya probado lo contrario- que ha contribuido a agravar la insolvencia y, en consecuencia, debe desestimarse el motivo de recurso y confirmarse la calificación del concurso como culpable.

8. También compartimos la valoración del juez sobre las ventas de las tres fincas de la concursada antes referidas, efectuadas en plena situación de insolvencia, a favor de una sociedad vinculada, que no las pagó. El juez estima que se cumple el artículo 164.1 LC: *“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”*.

Los apelantes manifiestan que debe esperarse a que la AC decida, en su caso, exigir el cumplimiento de los contratos de compraventa. Aunque cabe suponer que la situación es provisional y que desembocará en el cobro del precio o en la recuperación de los inmuebles, ese desenlace no es relevante para apreciar si existió una conducta que se enmarca, como sostiene la AC, en el artículo 164.1 LC y concurre para teñir de culpabilidad el concurso.

9. En el recurso de apelación se impugna asimismo la decisión del juzgado porque no establece la relación de causalidad entre las conductas atribuidas al Sr. V.R.P. y a COP.CORP., S.A. y el daño concreto producido a los acreedores.

Desde nuestra Sentencia de 23 de abril de 2012, a partir de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011 y posteriores en el mismo sentido), consideramos que el artículo 172.3 LC (actual artículo 172.bis) no establece una acción de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, es decir, una acción de daños por culpa. La imposición de la responsabilidad no es automática como consecuencia de la consideración del concurso como culpable, sino que exige un juicio de imputación autónomo y añadido al de la culpabilidad, aunque pueda nutrirse de algunos de los elementos que determinaron la calificación culpable, tal y como resulta de esos criterios jurisprudenciales establecidos por el T.S. Sin embargo, los parámetros de ese juicio de imputación de responsabilidad no son los propios de la responsabilidad por daños.

Entendemos que el TS la interpreta como una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad. Sólo así se puede explicar que la STS de 6 de octubre de 2011, la más significativa de todos aquellos antecedentes jurisprudenciales, mantuviera la condena del administrador al pago del descubierto o déficit en un caso en que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia.

En la misma dirección valoramos la reforma operada por la Ley 38/2011 –con retroactividad meramente interpretativa, que la jurisprudencia admite-. Consideramos que las referencias expresas al “déficit”

concurzal en el actual artículo 172 bis refuerzan la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, similar a otras instituciones acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (acciones de complemento del pasivo de Francia y el Reino Unido), que no son normas de responsabilidad por daños sino exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial. Del texto del artículo 172 bis.1.11 "el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura" extraemos que **para determinar la responsabilidad no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.**

Sobre el criterio de imputación con arreglo al cual se debe atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial, conforme a la STS de 6 de octubre de 2011, habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable. Concluimos que estamos ante una **norma sobre atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso, norma de la misma naturaleza que la de responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 de la Ley de sociedades anónimas (105.5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y actual artículo 367 de la Ley de sociedades de capital).**

En la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2012, se decía que **"como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva, reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales.**

10. La STS de 16 de julio de 2012 vino a confirmar que **no se trata "de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave - imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal".**

"No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador".

Sobre la **cuantía de la condena del administrador**, la STS de 16 de julio de 2012 observa: que la norma no fija ningún criterio para cuantificar la parte de la deuda que debe ser cubierta, por lo que "si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta **la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso**" y remite a los criterios de valoración expresados en las STS de 6 de octubre de 2011, reiterados en la de 17 noviembre de 2011, es decir, los distintos **elementos subjetivos y objetivo del comportamiento del administrador en relación con la actuación que determinó la calificación del concurso como culpable.**

11. En el caso de autos, el juez ha partido de un déficit concursal estimado en 286.122.021,08 euros -que no ha sido discutido- y ha fijado la cuantía del embargo preventivo en 55.533.465,44 euros respecto

de don V.R.P. y de 16.708.309,51 euros respecto de COP.CORP., S.A., cuya actuación en los hechos ya se ha descrito.

Como hemos sostenido en casos anteriores, no se trata de enjuiciar en qué medida esa cantidad de descubierto es consecuencia directa de la decisión del administrador de demorar la solicitud del concurso, como sería procedente si la concibiéramos como una acción de daños, sino de **en qué medida es imputable al administrador el descubierto o déficit originado en el patrimonio de la concursada.**

Atendidos los datos que resultan de las actuaciones, en este ámbito cautelar en el que nos hallamos, **no consideramos excesiva ni la imposición de la medida de embargo a los administradores por su probable responsabilidad por el descubierto patrimonial ni la cuantía en que se fija ese embargo, un 19 % y un 5,8 % del déficit, respectivamente, del importe que, en este momento procesal, aparece que los acreedores no van a percibir de la liquidación de la masa activa.**

12. La última de las alegaciones del recurso de apelación, de carácter subsidiario, versa sobre las **medidas cautelares adoptadas.**

(I) Primeramente, se refiere a la **administración judicial de sociedades**, establecida en el apartado 5 de la parte dispositiva del auto del juzgado, que acuerda la **administración judicial de las sociedades en las que los embargados ostentan la dirección y control efectivo por la titularidad de las acciones y/o participaciones sociales embargadas.**

En el auto de esta sala citado en la resolución impugnada, auto de 31 de marzo de 2005, dictado en un asunto societario, no concursal, se decía que **la administración judicial se regula expresamente en la LEC como una medida de aseguramiento del embargo de empresa, de las participaciones de una sociedad o de los frutos y rentas de un negocio (artículo 630 LEC), con independencia de si dicho embargo es preventivo o de ejecución, pero que la administración judicial, además de poder acordarse como medida de aseguramiento, puede ser adoptada como medida cautelar, sin que entonces se exijan los requisitos del aseguramiento de embargo, pues no cumple esta finalidad sino otra propia e independiente, cual es o bien garantizar la efectividad de la resolución que se dicte en el pleito principal (artículo 726.1 LEC), o bien anticipar sus efectos (artículo 726.2 LEC).**

En el procedimiento en examen, la **tutela cautelar se actúa en el marco del artículo 48 ter LC, que regula, concretamente, la medida de embargo preventivo de bienes y derechos de los administradores de la concursada.** Por tanto, su naturaleza no es la de medida autónoma, sino de medida de aseguramiento del embargo de las acciones y/o participaciones, en los términos del artículo 630.1 LEC: *"(P)odrá constituirse una administración judicial cuando se embarque alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.."*

Según resulta del auto del juzgado de 21 de febrero de 2011, de declaración de concurso necesario de COP.O.S., S.A., aportado por la AC en la segunda instancia, el juez, al declarar el concurso, ordenó la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre todos sus bienes y derechos y su sustitución por la AC. Consideramos que, **atendidas las facultades conferidas a la AC, no es necesario ni, por tanto, procedente, acordar con carácter simultáneo al embargo preventivo la medida de aseguramiento en que consiste la administración judicial. No se ha aportado ninguna circunstancia específica reveladora de un peligro a cuya evitación sirva el instrumento añadido de administración judicial de las sociedades.** Ello, sin perjuicio de las medidas que, en el curso del procedimiento y en función de las circunstancias que puedan aparecer –o que, en este momento procesal, meses después de la adopción del embargo, ya hayan aparecido-, la AC pueda instar ante el juez del concurso.

En este punto, debemos acoger el recurso de apelación.

13. (II) Finalmente, en el recurso de apelación se impugna lo que los apelantes consideran el embargo de los bienes de terceras sociedades cuyo capital es propiedad de las sociedades en las que los apelantes Sr. V.R.P. y COP.CORP., S.A. son accionistas mayoritarios.

Lo cierto es que, tal como pone de relieve la AC en su escrito de oposición al recurso de apelación, de la lectura de la parte dispositiva del auto del juzgado (transcrita en el antecedente de hecho 1 de esta resolución), **no podemos extraer que se hayan embargado bienes de terceras personas distintas de los apelantes.** El recurso tampoco indica en qué punto de la parte dispositiva de la resolución se comete

el exceso que denuncia. Ante su falta de conexión con el tenor del auto, hemos de atribuir esta alegación de los apelantes a un error de lectura o a una singular interpretación cuyo punto de partida ni se expone en el recurso ni podemos adivinar.

Consta que lo embargado son bienes y derechos, de diferente naturaleza, de los demandados apelantes Sr. V.R.P. y COP.CORP., S.A. y, en consecuencia, debe desestimarse el motivo de impugnación.

14. Atendida la estimación, en parte, del recurso, no es procedente imponer las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 LEC).

Se mantiene el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, impuestas, como razona el auto impugnado, conforme a la regla general, por la oposición de los demandados al embargo instado por la AC (artículo 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 162/2013, de 23 de Abril de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Para que el concurso pueda ser calificado culpable (art. 164.1 LC), es preciso no sólo que los administradores de la sociedad concursada hayan realizado un comportamiento susceptible de generar o agravar la insolvencia; es necesario además que ese comportamiento haya sido realizado **con dolo o culpa grave**. Quien pide la calificación culpable del concurso debe ofrecer argumentos para descubrir el **componente subjetivo** de dolo o de culpa grave en la actuación de los administradores.

Para que sean las **irregularidades contables** sean causa de calificación culpable establecida por el art. 164.2.1º LC, deben constituir infracciones de las normas contables vigentes en el momento en que se realizaron los asientos cuestionados, y que ser relevantes para impedir o dificultar la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada en la contabilidad que llevara. Quien pide la calificación culpable del concurso debe ofrece argumentos concretos para desvirtuar la apreciación del juez en la sentencia, sobre todo cuando cuenta con el refrendo de un dictamen pericial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada desestimó la calificación de concurso culpable que fue pretendida por la administración concursal (AC) y declaró fortuito el concurso de AC. PAP., S.A. Quien apela es el acreedor HID. EN., S.A.U. a fin de que el concurso sea calificado culpable y se declaren personas afectadas por la calificación a los Sres. J.M.C.C. y J.M.C.C. y a la sociedad AMB., S.L.

La concursada y las indicadas personas plantean en su escrito de oposición al recurso la falta de interés legítimo y de legitimación del acreedor para recurrir la sentencia en apelación.

SEGUNDO. 2. Resulta aplicable a la sección sexta del presente concurso el art. 168 LC reformado por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de conformidad con su disposición transitoria octava, apartado 4.

Con anterioridad a dicha reforma, este tribunal interpretó que el citado precepto no atribuía al acreedor personado en la sección de calificación la condición de *parte procesal*, pues su intervención quedaba limitada a formular alegaciones en un momento inicial para que pudieran ser tenidas en consideración por la administración concursal (única legitimada para formular la pretensión de calificación y de condena de las personas afectadas, a tenor del art. 169 LC) en orden a la calificación culpable del concurso. No

obstante, la reforma impuso el cambio de criterio, pues la nueva redacción atribuye expresamente a los acreedores que a esos efectos se personen en el plazo legal y hagan tales alegaciones la condición de *parte procesal* (“cualquier acreedor... podrá personarse y ser parte en la sección...”), y conforme al art. 172.4 LC “quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación”.

Debe reconocerse, por tanto, al citado acreedor la necesaria legitimación para apelar la sentencia (así como el interés legítimo, que viene reconocido por la norma), si bien sin poder hacer valer hechos y fundamentos de derecho distintos de los alegados por la administración concursal en su informe de calificación.

El acreedor personado podrá, por tanto, apelar la sentencia a fin de que, sobre la base de las conductas y normas alegadas por la administración concursal como determinantes de la declaración de concurso culpable, se revise el pronunciamiento judicial de la primera instancia.

TERCERO. 3. La AC fundamentó la calificación de concurso culpable en las siguientes conductas:

A) La agravación de la insolvencia mediando culpa grave del deudor, de conformidad con el art. 164.1 LC, por razón de una serie de disposiciones dinerarias realizadas por la concursada AC. PAP., S.A. a favor de AMB., S.L., titular del 91 % del capital de la concursada.

Las disposiciones cuestionadas fueron realizadas entre 2005 y 2008 (el concurso fue declarado por auto de 17 de octubre de 2008) por un importe total de 6.744.600 € (1.801.025,17 € en 2005; 2.081.800 € en 2006; 1.676.218,77 € en 2007, y 1.185.557 € en 2008), con el concepto de “dividendos a cuenta”, alegaba la AC.

Estas transferencias se contabilizaron en una “cuenta de socios” mantenida con AMB., S.L., en la que se asentaban ingresos y pagos que se iban compensando, arrojando un saldo acreedor para la concursada a la fecha de declaración de concurso por 1.959.215,77 € (posteriormente reducido a 1.815.639,65 €). La compensación se producía con el coste de los servicios prestados por AMB., S.L. a AC. PAP., S.A. por virtud de un contrato de dirección y gestión comercial, que obligaba a AC. PAP., S.A. a pagar una retribución de 1.275.000 € al año –así lo admitía la AC-.

La AC alegaba la irregularidad de estas disposiciones en concepto de dividendos a cuenta por no cumplir los requisitos legales y porque en el ejercicio de 2005 se produjeron pérdidas por importe de 60.625 €, en el de 2006 pérdidas por 3.718.720 € y en el de 2007 por 1.967.738 €, así como en el 2008, por lo que estas disposiciones afectaron a la solvencia de la concursada.

De otro lado, AMB., S.L. ha sido declarada en concurso, y su único activo es su participación en AC. PAP., S.A., por lo que no resulta posible la recuperación de tales cantidades.

No obstante –según relatando el informe de calificación-, la AC había suscrito con los representantes de AC. PAP., S.A. un convenio transaccional el 18 de noviembre de 2009 (que fue homologado por el juez del concurso), en el cual, a fin de zanjar las discrepancias existentes, se pactaba la extinción de cualesquiera responsabilidades personales de los miembros del consejo de administración de AC. PAP., S.A. por razón de tales disposiciones dinerarias a favor de AMB., S.L., con renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad y de la responsabilidad concursal, a cambio de percibir la masa activa de AC. PAP., S.A. la cantidad de 750.000 € de la sociedad FER., S.L. (vinculada a los administradores de AC. PAP., S.A.) como precio por la cesión a su favor del crédito que ostenta AC. PAP., S.A. contra AMB., S.L. por la cantidad de 1.815.639,65 € (saldo de la referida cuenta de socios).

Por ello, la AC no pretendía en su informe de calificación la condena de las personas afectadas por la calificación culpable (AMB., S.L. y los Sres. C.C.) al amparo de los arts. 172.2.3º y 172.3 (actual 172 bis).

B) La existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada, de conformidad con el art. 164.2.1º LC, concretadas en los siguientes registros contables:

a) La contabilización en el activo de AC. PAP., S.A. de un crédito frente a AMB., S.L. por 1.959.215,77 €, como saldo acreedor de la citada cuenta de socios.

La irregularidad radica, a juicio de la AC, en que, conforme al Plan General Contable aplicable a la fecha de las disposiciones realizadas a favor de AMB., S.L., no es posible contabilizar como un activo el reparto de "dividendos a cuenta". Además, en cualquier caso, dado que AMB., S.L. venía registrando pérdidas desde 2006, ese saldo acreedor para AC. PAP., S.A. debió provisionarse por criterio de prudencia, en atención a la dificultad de su cobro.

b) La contabilización de dos créditos fiscales por impuesto de sociedades en los ejercicios de 2005 y 2007, por importes respectivos de 63.782 € y 832.607 €. A juicio de la AC, estos créditos debieron darse de baja por prudencia al no cumplirse las condiciones que establece la norma 16 del Plan General Contable, pues no cabe admitir que la realización futura del crédito estuviese asegurada.

c) La baja en el pasivo de ciertos créditos, por importe total de 764.552,13 €, no vencidos y no reclamados por los respectivos acreedores, que deben ser pagados en cumplimiento del convenio aprobado en el procedimiento de suspensión de pagos de T. D., S.A. (anterior denominación de AC. PAP., S.A.), iniciado en 1992. La AC considera improcedente esta baja del pasivo, que la concursada aplicó por encontrarse en desconocido paradero los acreedores titulares de dichos créditos.

CUARTO. 4. El juez del concurso expone en su sentencia las razones por las que considera que no cabe apreciar como causa determinante de la calificación culpable la primera de las conductas descritas, amparada en el art. 164.1 LC, por razón de los pagos efectuados a la sociedad matriz AMB., S.L..

Entiende que las disposiciones realizadas a favor de AMB., S.L. no pueden conceptuarse como "dividendos a cuenta" por no cumplirse las condiciones exigidas por el art. 216 del TRLSA y porque la sociedad no obtuvo resultados positivos en 2005, 2006, 2007 y 2008. Considera la sentencia la versión de AC. PAP., S.A. según la cual tales disposiciones (salvo la primera, en 2005) no respondían al concepto de reparto de dividendos a cuenta, sino que eran créditos y anticipos que se asentaban en una cuenta que recogía los movimientos deudores y acreedores entre ambas sociedades (y así es, efectivamente), y destaca que AMB., S.L. y AC. PAP., S.A. habían suscrito un contrato de prestación de servicios que obligaba a la concursada a pagar a AMB., S.L. la suma anual de 1.275.000 € (contrato que no ha sido impugnado ni hecho valer por la AC para sustentar la calificación de concurso culpable). Tiene en cuenta así mismo que durante 2008 los abonos que hizo AMB., S.L. a AC. PAP., S.A., registrados en dicha cuenta, superaron en cuantía a las transferencias realizadas por la concursada a favor de la matriz, reduciéndose el saldo deudor de AMB., S.L. en 2.569.975 €.

Concluye el juez que no existen datos para deducir que en el momento en que se hicieron los pagos a AMB., S.L. los administradores sociales de AC. PAP., S.A. pudieron o debieron prever la situación de insolvencia que finalmente se produjo, y que nadie discute que acaeció en julio de 2008 (el concurso se solicitó en octubre de ese año). No existiendo con anterioridad una situación de insolvencia que pudiera ser agravada, ni datos para prever que se produciría, no cabe imputar a los administradores de AC. PAP., S.A. una agravación de la insolvencia por causa de los pagos efectuados a AMB., S.L., argumenta la sentencia.

5. Por lo que respecta a la primera de las irregularidades contables (en el ámbito del art. 164.2.1º LC), el Sr. Magistrado descarta que constituya una irregularidad el reflejo en el activo del saldo deudor resultante de la cuenta contable mantenida con la matriz, pues realmente constituía un crédito frente a ésta. Tampoco el hecho de no haber dotado una provisión por deterioro del valor del crédito frente a AMB., S.L., en atención a dos circunstancias: a) AC. PAP., S.A. tenía la obligación contractual de pagar a AMB., S.L. anualmente la suma de 1.275.000 € por la prestación de servicios, lo que permitía compensar

créditos y deudas al menos hasta esa suma; y b) AMB., S.L. redujo su deuda frente a AC. PAP., S.A. en la suma de 2.569.975 € durante 2008, a pesar de las pérdidas padecidas en ese ejercicio y en los anteriores.

6. Por último, en cuanto a la activación en 2005 y 2007 de los créditos fiscales por pérdidas compensables fiscalmente, y a la eliminación contable del pasivo de 764.552 € (correspondientes a deudas arrastradas desde la suspensión de pagos en 1992, y sujetas al convenio aprobado en dicho procedimiento), la sentencia considera que no se ha justificado la relevancia de estas presuntas irregularidades para comprender la situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada.

7. Hay que indicar que los criterios del juez mercantil están sustentados por un dictamen pericial contable, elaborado a instancia de la concursada por el economista y censor jurado de cuentas Sr. Olmo Villaseca (de ABGL Integra Internacional).

QUINTO. 8. De conformidad con lo que dispone el art. 465.4 LEC limitamos nuestra respuesta, exclusivamente, a los motivos de apelación planteados en el recurso del acreedor HID. EN., S.A.U.

Alega en primer lugar que la sentencia es contradictoria porque si bien reconoce la posibilidad de que los administradores de la concursada hubieran actuado negligentemente, a continuación concluye que no es posible imputarles subjetivamente la agravación de la insolvencia, cuando consta documentación que evidencia el nexo causal entre la conducta de los administradores y la agravación de la insolvencia.

9. Respondemos que la sentencia no incurre en contradicción interna. **Para que el concurso pueda ser calificado culpable conforme a la cláusula general del art. 164.1 LC, que requiere ser integrada fácticamente, es preciso no sólo que los administradores de la sociedad concursada hayan realizado u observado un comportamiento susceptible de generar o agravar la insolvencia; es necesario además que ese comportamiento haya sido realizado con dolo o culpa grave.**

En su exposición argumental, suficientemente motivada, el juez del concurso razona sobre la concurrencia de este requisito (negligencia grave) en atención al conocimiento que pudieran tener los administradores de AC. PAP., S.A., en los respectivos momentos en que se realizaron los pagos a AMB., S.L., acerca de la **situación de insolvencia de la sociedad**, y concluye que **ni tal situación existía ni tenían por qué presagiarla, por lo que no cabe apreciar una grave negligencia en la decisión de proceder a los pagos.**

Debe tenerse presente que la AC no ha denunciado en su informe (tampoco lo hizo el acreedor apelante en su inicial escrito de alegaciones) una demora en el cumplimiento del deber de solicitar el concurso (en el plazo que establece el art. 5.1 LC), por lo que debe admitirse que la situación de insolvencia no se manifestó hasta julio de 2008.

El acreedor apelante no ofrece ninguna justificación ni argumento para descubrir el componente subjetivo de dolo o de culpa grave en la actuación de los administradores de AC. PAP., S.A. a la hora de efectuar las disposiciones a favor de AMB., S.L. que se registraron en la cuenta contable con la matriz, y que funcionaba por el mecanismo de compensación entre cargos y abonos, por lo que nada más podemos fundamentar al respecto para dar respuesta al recurso, tan sólo recordar que AC. PAP., S.A. debía pagar a la matriz 1.275.000 € por virtud del contrato de prestación de servicios de dirección y gestión (por nadie atacado) y que en dicha cuenta contable se asentaban anticipos y pagos debidos por mérito de dicho contrato (como expresamente admitirá el apelante en la alegación segunda), que se compensaban con los dividendos a cuenta y demás cantidades entregadas “a cuenta de reservas” o de créditos o bien anticipos.

10. Alega seguidamente que la transacción suscrita por la AC y los administradores de la concursada (a la que hemos hecho referencia con anterioridad; fundamento 3.A) implica el reconocimiento por parte de la concursada de que sus administradores son responsables patrimonialmente de los hechos que han originado el concurso, ya que en caso contrario no tenían razón para transigir su responsabilidad.

A cambio de la percepción de 750.000 € (como precio de la cesión del crédito de AC. PAP., S.A. frente a AMB., S.L., de importe superior), procedente de una tercera sociedad (FER., S.L., representada por el Sr. J.M.C.), la AC dio por extinguida la responsabilidad personal que pudiera ser exigida a los administradores de la concursada como consecuencia de las disposiciones efectuadas a favor de AMB., S.L. Pero el consentimiento de AC. PAP., S.A. y de sus administradores a este acuerdo transaccional no implica su aceptación de la calificación del concurso como culpable, y así se hace constar en el propio acuerdo transaccional (pacto cuarto), al dejarse constancia de la “oposición frontal” que plantearán las personas afectadas por la pretensión de concurso culpable que pudiera formular la AC, por más que la AC no pueda exigir la responsabilidad concursal de los miembros del consejo de administración de AC. PAP., S.A., que es objeto de transacción en dicho acuerdo.

En cualquier caso, planteada la oposición a la calificación culpable, la transacción no ha de impedir al juez del concurso la valoración jurídica de las conductas en las que la AC fundamenta la calificación culpable, y juzgar conforme a derecho si procede o no tal calificación (art. 170.2 LC).

SEXTO. 11. En la alegación segunda la apelante insiste en que entre 2005 y 2008 AC. PAP., S.A. realizó disposiciones a favor de la matriz por importe total de 6.744.600 €. Admite expresamente que el saldo de la cuenta (en la que se asentaban contablemente tales pagos) se iba reduciendo por compensación con los costes de los servicios que AMB., S.L. prestaba a AC. PAP., S.A. (en virtud del referido contrato de dirección y gestión), y que la cuenta presentaba a la fecha de declaración del concurso de AC. PAP., S.A. un saldo a su favor por 1.959.215 €.

El reproche que esgrime el recurso radica en que en tales ejercicios AC. PAP., S.A. obtuvo pérdidas, por lo que carecía de sobrante de liquidez que permitiera tales disposiciones, que además se realizaron sin soportes formales que ampararan la calificación de “dividendos a cuenta”. Es indiferente, a juicio de la apelante, denominarlas “dividendos a cuenta” o “pagos anticipados de servicios”; lo relevante, alega, es que constituyeron salidas efectivas de tesorería y que han agravado la insolvencia.

12. Aunque AC. PAP., S.A. padeciera pérdidas en esos ejercicios, no cabe duda de que debía contar con tesorería para efectuar los pagos, pues efectivamente se realizaron, asentándolos en la cuenta contable con la matriz. Esta cuenta funcionaba como una cuenta corriente sin pacto predeterminado de cierre y cancelación de saldos, dando lugar en cada momento a un neto resultante de transacciones (ingresos y pagos) entre filial y matriz, que finalmente, a la fecha de declaración del concurso de AC. PAP., S.A., era favorable a ella (saldo acreedor).

Es indiscutido que, bien se tratara de dividendos a cuenta, pagos a cuenta de reparto de reservas, anticipos por los servicios amparados por el contrato de dirección y gestión, o pago de facturas de AMB., S.L. por los servicios prestados, **las disposiciones de AC. PAP., S.A. a favor de la matriz se compensaban recíprocamente en esta cuenta con las posiciones deudoras de AMB., S.L.** De este modo, la cuenta no se limitaba a asentar contablemente disposiciones a favor de la matriz, que generaban en su posición un saldo deudor frente a AC. PAP., S.A., sino que sustantiva o materialmente, por acuerdo entre las partes, **reducía o extinguía por compensación el saldo acreedor de la matriz hacia AC. PAP., S.A..**

Nada más podemos fundamentar, porque el recurso se limita a afirmar una agravación de la insolvencia por razón de tales disposiciones, pero sin justificar que la insolvencia ya era manifiesta o debía ser inminente en la fecha de cada una de ellas, sin ofrecer argumentos para desvirtuar la conclusión de la sentencia acerca del componente subjetivo exigido por la norma.

SÉPTIMO. 13. Con respecto a las **irregularidades contables** (causa de calificación culpable establecida por el art. 164.2.1º LC), el recurso falla en un aspecto esencial, y es que **no justifica ni argumenta**, en contra de los criterios expresados por la sentencia y por el dictamen pericial aludido, que las supuestas **irregularidades detectadas por la AC efectivamente constituyan infracciones de las normas contables vigentes en el momento en que se realizaron los asientos cuestionados, y que sean**

relevantes para impedir o dificultar la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la sociedad concursada en la contabilidad que llevara.

14. Alude el recurso genéricamente a la improcedencia de contabilizar como activo los pagos realizados a la matriz, teniendo en cuenta las dificultades que atravesaba AMB., S.L., y a la necesidad de provisionar el saldo acreedor contra la misma. Pero, ya se ha dicho, **no ofrece argumentos concretos para desvirtuar la apreciación del juez, que cuenta con el refrendo del citado perito**. En el dictamen pericial se fundamenta ampliamente, con argumentos que nos parecen convincentes, conforme al Plan General Contable, la procedencia de activar el saldo acreedor frente a la matriz resultante de la referida cuenta, así como de los créditos fiscales por pérdidas compensables y la baja del pasivo en el ejercicio de 2008 del importe de 764.552 € (que, además, se rectificó, y no tuvo reflejo en las cuentas anuales de 2008). **Los argumentos de la sentencia nos parecen razonables y si fuera preciso un desarrollo puede acudir al dictamen pericial, cuyos argumentos y conclusiones ni siquiera se han intentado desvirtuar en el recurso.**

OCTAVO. 15. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 164/2013, de 23 de Abril de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: En relación con la solicitud del concurso, una situación de fondos propios negativos no implica, por sí misma, la insolvencia, aunque sí lo hace **grandes fondos propios negativos y pérdidas** del ejercicio, durante un largo espacio temporal.

No se considerará dolo, respecto la **falta de depósito de las cuentas** anuales en el Registro Mercantil en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso (artículo 165.3 LC), cuando esta falta sea debida a discrepancias existentes entre los socios.

La cifra de **déficit patrimonial** de la que debe responder al administrador exige tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, no en otros distintos.

Así, la condición del **administrador en dos sociedades**, no autoriza a computar en el concurso en examen, a los efectos de la aplicación del artículo 172.3 LC, actos propios de su actuación como administrador de la otra sociedad ni a hacerle responsable de la totalidad del crédito que frente a ella ostenta una sociedad vinculada.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia: STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. En la Sección de calificación del concurso de SEL., S.L., la administración concursal (AC) había interesado la calificación de concurso culpable con base en:
 - a) Las irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad (artículo 164.2.1 de la Ley concursal, LC).
 - b) La inexactitud grave en los documentos aportados con la solicitud de concurso (artículo 164.2.2 LC).
 - c) El incumplimiento del deber de solicitar el concurso dentro del plazo legal (artículo 165.1 LC).

d) La falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso (artículo 165.3 LC).

2. El juez mercantil desestimó las dos primeras causas invocadas, porque consideró, en cuanto a la primera (a), que no se había aportado ningún elemento que permitiera apreciar la relevancia de las irregularidades en los términos del artículo 164.2.1 LC, y, en cuanto a la segunda (b), porque tampoco apreció fundamento para calificar la inexactitud de grave. Estimó, en cambio, las causas (c) y (d), por entender que se cumplían los presupuestos legales.

La sentencia acogió la petición de otros pronunciamientos derivados y, en concreto, el relativo a la condena de doña M.B.D., como administradora de SEL., S.L., a pagar la suma de 1.907.175,44 euros, en aplicación del artículo 172.3 LC.

3. La Sra. M.B.D. apela contra la sentencia condenatoria e impugna el pronunciamiento relativo a la calificación del concurso como culpable y los efectos de ese pronunciamiento, por los siguientes motivos:

- 1) Por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 165.1 LC.
- 2) Por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 165.3 LC.
- 3) Por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 172.2 1º, 2º y 3º LC, en relación con las causas 4 y 5 del artículo 164.2 de la misma ley.

4. Antes de examinar las alegaciones de la recurrente, debemos contextualizar la sentencia del juzgado mercantil. Debido a las incidencias en la tramitación del recurso de apelación –derivadas de la falta de emplazamiento inicial del Ministerio fiscal por el juzgado-, la deliberación y votación de esta resolución tiene lugar casi dos años después de la de primera instancia. En ese lapso de tiempo, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado sentencias sobre la calificación del concurso y la responsabilidad de los administradores de sociedades concursadas, con arreglo al artículo 172.3 LC, de gran relevancia para la interpretación de los preceptos cuya aplicación se discute en estos autos. Por otra parte, la Ley 38/2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, modificó, entre otros, los artículos 164.1 y 172 LC e introdujo el artículo 172 bis LC. La reforma no tiene carácter retroactivo pero suministra criterios interpretativos estimables.

5. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 declara, en su fundamento de derecho tercero, que la LC sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo 164, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable "*en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos*", evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola –esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno - varios - de mera actividad, respecto de aquella.

En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs de 17 de noviembre de 2011, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012 y 20 de diciembre de 2012.

6. Sobre el incumplimiento del deber de solicitar concurso (artículo 165.1 LC)

El recurso de apelación, en primer lugar, impugna la apreciación por el juez del supuesto del artículo 165.1 LC. El juzgado considera que el precepto presume (salvo prueba en contra) la existencia de dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravación de la insolvencia. La impugnación de la administradora de SEL., S.L. se dirige a negar la existencia de demora en la solicitud de concurso.

El Sr. magistrado consideró que, como alegaba la AC, los fondos propios negativos y, por extensión, la infracapitalización de la sociedad, eran patentes desde el año 2005, sin que fuera corregida la situación

en los años siguientes, de modo que dicha realidad deficitaria había que entenderla concurrente hasta el mismo momento de presentación de la solicitud de concurso, puesto que no constaban cuentas anuales depositadas de los ejercicios de 2008 y siguientes –con seguridad, se trata de un error material: se quiere decir 2006 y siguientes. La sentencia del juzgado añade que no se niega –no lo niegan la concursada ni su administradora- la existencia de pérdidas continuas desde 2005, lo que, unido al dato de los fondos propios negativos, exigiría acreditar que, en tales momentos previos a la solicitud, se disponía de recursos propios o ajenos para hacer frente a las deudas contraídas. Finalmente, la sentencia se refiere a una inversión en tintas, que se ha reconocido como inviable, por la facturación obtenida, y que no es desmentida por la concursada, que se limita a calificarla como una decisión empresarial incorrecta.

7. Al respecto, el recurso de apelación de la Sra. M.B.D. alega, en primer lugar, que la existencia de fondos propios negativos no supone, por sí sola, que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia, ya que lo que exige el artículo 2 LC, como presupuesto objetivo del concurso, es la imposibilidad de la sociedad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. SEL., S.L., según su administradora, hasta aproximadamente 20 días antes de la presentación de la petición de concurso, cumplía regularmente las obligaciones que le eran exigidas y, en consecuencia, en el momento en que solicitó el concurso no se encontraba en situación de insolvencia.

La recurrente agrega que la existencia de pérdidas tampoco supone, en sí misma, la situación de insolvencia, máxime cuando la administradora de la compañía adoptó las medidas necesarias para restablecer el equilibrio patrimonial de la sociedad, convocando al efecto la correspondiente junta general de socios de TON., S.L. -sociedad también administrada por la Sra. M.B.D.-, de 3 de julio de 2007, en que se propuso a los socios, por un lado, un aumento de capital con entrada de nuevos recursos y, por otro, un segundo aumento mediante la capitalización de la deuda de SEL., S.L. con TON., S.L..

Finalmente, la parte apelante trata de la relación de SEL., S.L. con TON., S.L. y niega la inviabilidad empresarial de SEL., S.L.. Expone que fueron los socios de TON., S.L. quienes decidieron constituir SEL., S.L. para investigar y desarrollar nuevos productos para artes gráficas, en concreto, tintas de alta calidad hábiles para la emisión de papel moneda y documentos de seguridad. TON., S.L. era, según el recurso, una empresa exitosa e invertía en SEL., S.L. hasta que, factores del todo ajenos a TON., S.L. -la pérdida de determinada exclusiva- determinaron la ruina de esa sociedad y, de forma casi simultánea, la de SEL., S.L.. La recurrente transcribe en su escrito de recurso doce páginas de la contabilidad de TON., S.L., en que constarían los préstamos hechos a SEL., S.L. a lo largo de 2007, reitera que el proyecto no era inviable y que, en definitiva, no hubo retraso en la solicitud del concurso de SEL., S.L..

8. No examinaremos la cuestión de la contabilización de unos gastos de primer establecimiento invocados por la AC para fundamentar la causa del artículo 164.2.2 LC y examinados en ese contexto por el juzgador, que rechazó aquella causa de concurso culpable. Tampoco se trata de examinar aquí si, en términos generales, la gestión de la Sra. M.B.D. como administradora fue o no correcta y cuál era el grado de inviabilidad atribuible, en su momento, a la operación de las tintas. Se imputa a la concursada una actuación, o más exactamente, una omisión específica: no haber solicitado concurso oportunamente. Conviene precisar que la solicitud de concurso voluntario data de 28 de febrero de 2008 (la declaración es de 29 de febrero de 2008). Que **una situación de fondos propios negativos no implica, por sí misma, la insolvencia** lo reconoce expresamente la propia sentencia del juzgado, cuando afirma que la presunción que deriva de la situación de fondos propios descrita por la AC no ha sido desvirtuada por la concursada.

Pero no pueden desconocerse las cifras concretas de fondos propios negativos de SEL., S.L. La sociedad, con un capital de 10.007 euros, tenía unos fondos propios negativos, en el ejercicio de 2005, de -228.771 euros y en 2006 de -409.574 euros. Así lo ponía de relieve el informe de la AC y no se ha desvirtuado en la oposición de la concursada ni en el recurso. Según la memoria acompañada con la solicitud de concurso voluntario, los fondos propios de SEL., S.L. en el ejercicio 2007 eran negativos por importe de -1.308.957,56 euros. La AC constata también que, en los balances de los ejercicios 2005 y 2006 se declararon pérdidas de -239.699 euros y -180.803 euros, respectivamente (en la memoria de la concursada se cifraban en 587.448,69 euros las pérdidas del ejercicio 2006). **En la propia memoria de la solicitud de concurso se indicaban unas pérdidas del ejercicio 2007 de 410.136,81 euros, según el balance provisional cerrado a 31 de diciembre de 2007.** En cuanto al alegado apoyo financiero de

TON., S.L. a SEL., S.L., al que se refiere la concursada, fue, según la AC, lo que habría permitido ocultar la situación de insolvencia desde 2005.

Por lo que respecta a la situación patrimonial de SEL., S.L. en el momento de solicitar el concurso, basta remitir a la memoria en que se hacía constar que, al objeto de poder hacer frente, aun parcialmente, a los salarios debidos a los trabajadores, SEL., S.L. había enajenado en enero y febrero de 2008, una serie de activos por los que había recibido 36.540 euros, aplicados a pagar a los trabajadores 23.740 euros, a cuenta de salarios devengados y no percibidos, y a la provisión de fondos de 12.800 euros al procurador de los tribunales para poder instar el concurso, ya que la compañía no contaba con ningún otro recurso financiero.

Los datos objetivos tomados en consideración por la sentencia del juzgado no son desvirtuados mediante ningún otro dato de esa naturaleza en el recurso de apelación, por lo que debe desestimarse el primero de los motivos de recurso.

9. *Sobre la falta de depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso (artículo 165.3 LC)*

No se discute que no se han depositado en el Registro mercantil las cuentas anuales de SEL., S.L. correspondientes al ejercicio de 2006. Ahora bien, la concursada alega que ello no obedeció a negativa o negligencia de su administradora, sino a discrepancias existentes entre los socios.

Aunque no contamos con datos fácticos suficientes en estas actuaciones incidentales, no se han cuestionado las afirmaciones de la Sra. M.B.D., conforme a las cuales:

- a) El 28 de febrero de 2007, una de las socias de la compañía, doña N.C.C., solicitó al Registro mercantil el nombramiento de auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2006.
- b) El 25 de septiembre de 2007, el Registro mercantil de Barcelona nombró auditor de la compañía a IVC Auditores.
- c) Cuando SEL., S.L. presentó la solicitud de concurso voluntario, la auditora no había realizado todavía su informe de auditoría. Posteriormente, se negó a realizarlo por no haber recibido sus honorarios.

En su informe de calificación, la AC admitió expresamente que había existido una conflictividad entre los socios que podía haber dificultado la presentación de las cuentas, pese a que mantuvo que concurría la presunción de dolo o culpa grave. En ningún momento, como se ha dicho, la AC ha puesto en cuestión la relación de hechos expuesta por la concursada.

El Sr. magistrado, con mayor inmediación respecto de todos los datos fácticos del caso, razona en la sentencia que el nombramiento de auditor de las cuentas de 2006 no impedía la formulación y el depósito de las cuentas siguientes. Sin embargo, no parece que las cuentas anuales siguientes, del ejercicio que se cierra el 31 de diciembre de 2007, debieran ser presentadas antes de la solicitud del concurso voluntario, en febrero de 2008.

En consecuencia, a partir de los datos obrantes en autos no podemos estar a la presunción del artículo 165.3 LC, sino que debemos acoger el recurso de apelación en este punto.

10. *La alegación de aplicación indebida del artículo 172.2 1º, 2º y 3º LC, en relación con las causas 4 y 5 del artículo 164.2 de la misma ley*

A la vista de la rúbrica con que la parte apelante titula el motivo de recurso, es necesario aclarar que la sentencia del juzgado no hace mención alguna ni tiene en consideración en ninguna medida las causas 4 y 5 del artículo 164.2 de la LC, por lo que creemos que su invocación en ese título obedece a un mero error material. Lo confirma el dato de que ninguna alegación al respecto se hace en el cuerpo de ese motivo tercero de recurso.

Atenderemos, por tanto, a los razonamientos de la parte recurrente que, tras insistir en el carácter fortuito del concurso, afirma:

- 1) La gestión de la administradora de SEL., S.L. siempre fue transparente y todas las decisiones las consensuó con el resto de socios. No ha concurrido culpa o dolo de la administradora.
- 2) El artículo 172.3 LC no establece una sanción automática como consecuencia de la calificación del concurso como culpable, sino que otorga al juzgador la facultad de condenar o no a los administradores.

3) Las aportaciones económicas y los avales personales a favor de SEL., S.L. han llevado a la Sra. M.B.D. a la absoluta ruina económica, a pesar de su dedicación y diligencia.

4) Para condenar al administrador con base en el artículo 172.3 LC es necesario el nexo causal entre la conducta dolosa o culposa y la agravación de la insolvencia, es decir, el criterio de responsabilidad por daño o culpa, que exige valorar la participación de la administradora en la generación o la agravación de la insolvencia.

11. El artículo 172.3 LC, aplicable por razones temporales en el caso de autos, establecía: *"Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa."*

Sobre la controvertida naturaleza de la responsabilidad regulada en dicho precepto y sus requisitos se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial ya citada. La STS de 16 de julio de 2012, con apoyo en las anteriores dictadas, desarrolla algunas ideas relevantes sobre la naturaleza de la responsabilidad establecida en el artículo 172.3 LC:

– No se trata "de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2.3 de la Ley Concursal-, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de "persona afectada"-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal".

– "No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador".

– La norma no fija ningún criterio para cuantificar la parte de la deuda que debe ser cubierta, por lo que "si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso" y remite a los criterios de valoración expresados en las STS de 6 de octubre de 2011, reiterados en la de 17 noviembre de 2011, es decir, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento del administrador en relación con la actuación que determinó la calificación del concurso como culpable. "También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 .bis.1, de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal".

12. En la sentencia de esta Sección 15ª de 23 de abril de 2012, en lo que atañe al **criterio de imputación conforme al cual se debía atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial, invocábamos la jurisprudencia del TS y razonábamos que estamos ante una norma sobre atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso**, norma de la misma naturaleza que la de responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 de la Ley de sociedades anónimas (105.5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y actual artículo 367 de la Ley de sociedades de capital).

Decíamos que **"como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales"**. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Así interpretábamos el párrafo tercero del nuevo art. 172 bis.1 LC cuando dice que la sentencia "deberá

individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.

13. 1) A partir de los criterios expuestos deben responderse las alegaciones de la administradora apelante. En la primera, subraya la transparencia de su gestión como administradora y el hecho de que consensuaba con los socios las decisiones. Sin embargo, estos datos, aunque se dieran por probados, no excluyen la responsabilidad del administrador frente a los terceros regulada en el artículo 172.3 LC, por la misma razón que esta norma no establece como supuesto de hecho una actuación opaca del administrador, en general, o respecto de los socios.

El administrador y la junta de socios son órganos distintos, con funciones propias dentro de la compañía. La responsabilidad del artículo 172.3 LC se asigna a los administradores de la sociedad a quienes – cualquiera que sea su sintonía con los socios- sea imputable la causa con base en la cual se declara culpable el concurso. El dolo o culpa grave de la administradora los presume la LC en el artículo 165.1, salvo prueba en contrario. Ya se ha analizado la aplicación de ese precepto en el caso de autos: la Sra M.B.D. incumplió el deber de solicitar el concurso oportunamente e incurrió con ello en dolo o culpa grave. Ello no excluye la amplia discrecionalidad que la doctrina jurisprudencial referida reconoce al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo, a partir de los datos y las circunstancias del caso concreto.

14. 2) En su siguiente alegación, la parte apelante afirma que el artículo 172.3 LC no establece una sanción automática como consecuencia de la calificación del concurso como culpable. Es cierto y lo declaran expresamente las SSTS antes citadas. La de 21 de mayo de 2012 remite a la de 6 de octubre de 2011, conforme a la cual, “la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa, no es, según la letra y el espíritu de la mencionada norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida”. En el mismo sentido, la STS de 16 de julio de 2012: “de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal”.

Por esa razón, continúa la sentencia de 21 de mayo de 2012, “para pronunciar la condena a la cobertura del déficit concursal y, en su caso, para identificar a los administradores obligados y la parte de la deuda a que aquella alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes expresamente impuestos por el propio apartado del artículo 172, es necesario que el órgano judicial llegue a dicha conclusión tras valorar, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que hubiera sido imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte y hubiera determinado la calificación del concurso como culpable.

15. 3) El perjuicio que la administradora haya sufrido en su patrimonio como consecuencia del concurso, que centra la tercera de las alegaciones de este motivo de recurso, no excluye, en principio, la responsabilidad del artículo 172.3 LC, sin perjuicio de que los datos y las circunstancias concretas de su actuación deban tenerse en cuenta, como hemos dicho, al establecer la parte del déficit objeto de condena.

16. 4) La última de las alegaciones de la apelante, según la cual, para condenar al administrador con base en el artículo 172.3 LC es necesario el nexo causal entre la conducta dolosa o culposa y la agravación de la insolvencia, es decir, el criterio de responsabilidad por daño o culpa, debe rechazarse con base en la jurisprudencia ya citada, en concreto, por la STS de 16 de julio de 2012, cuyos párrafos sobre la materia hemos transcrito.

17. **Sentado lo anterior, consideramos que la cifra de déficit patrimonial de la que se hace responder a la administradora apelante, 1.907.175,44 euros, no queda debidamente justificada con base en los datos subjetivos y objetivos del caso.**

El AC de SEL., S.L., que, al parecer, forma parte de la AC de la acreedora del grupo, TON., S.L., expuso en su informe que la suma objeto de condena debería cuantificarse en el total importe adeudado por

SEL., S.L. a TON., S.L.. Sin embargo, y dado que no podría establecerse el nexo causal para ese importe, según la AC, debía concluirse que, como mínimo, debería ser el de determinados activos financieros adicionados dolosamente al balance, (1.568.203,72 euros) y de los créditos por deudas a la Hacienda Pública (183.464,24 euros), más el importante pasivo laboral sobrevenido, que, según las listas definitivas presentadas por la AC, ascendía a 155.507,48 euros. Ese sería el desglose de la suma de 1.907.175,44 euros objeto de condena por el juzgado mercantil sin otro razonamiento que la remisión al informe de la AC.

No consideramos pertinente el criterio relativo a las irregularidades del balance, puesto que, si bien el informe de la AC, entre las causas de calificación de concurso culpable, incluía la del artículo 164.2.1 LC (las irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad), la sentencia del juzgado mercantil la rechaza. En esta segunda instancia, las causas de calificación de culpabilidad han quedado reducidas a una, la demora en la solicitud del concurso. La jurisprudencia que antes hemos resumido **exige tener en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso, no en otros distintos.**

La condición de la Sra. M.B.D. de administradora de ambas sociedades, TON., S.L. y SEL., S.L., no autoriza a computar en el concurso en examen, a los efectos de la aplicación del artículo 172.3 LC, actos propios de su actuación como administradora de la otra sociedad ni a hacerle responsable, con cierto automatismo, de la totalidad del crédito que frente a ella ostenta una sociedad vinculada. Por ello, consideramos más proporcionado limitar la condena a pagar **338.971,72 euros**, por las deudas laborales sobrevenidas y las deudas con la Hacienda Pública.

18. La estimación en parte del recurso de apelación determina que no se impongan las costas de la segunda instancia (artículo 398.2 LEC y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 163/2013, de 23 de Abril de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Negar de manera genérica la existencia de **irregularidades contables relevantes**, la doble contabilidad y la incorporación de documentos falsos, incompletos o manipulados, no supone probar efectivamente su inexistencia.

La existencia de un **procedimiento penal** no impide que, a los solos efectos de la calificación del concurso, se valore si han existido las irregularidades contables tipificadas en el artículo 164.2.1 LC.

Para el artículo 164.2, la calificación de culpable es ajena a la producción del resultado de la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado y atiende solamente a la ejecución de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Las **irregularidades contables relevantes no contradichas** ni desvirtuadas, son suficientes para calificar el concurso como culpable.

Respecto al artículo 165.2 LC, se entenderá incumplimiento del deber de colaboración con la AC por parte de la concursada, no haber comunicado a la AC la existencia de una **querrela criminal por delitos económicos** (cambio cualitativo respecto a la simple inspección fiscal).

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia: STS de 6 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Sr. J.L.P., administrador de la concursada TER. K., S.L., condenado por el juzgado mercantil en la Sección de calificación del concurso, en los términos que se han relacionado en los antecedentes de hecho, apela contra la sentencia condenatoria y solicita su revocación.

2. La sentencia impugnada estudia de manera sistemática las dos razones en las que el escrito del Ministerio fiscal apoya la calificación de culpabilidad del concurso:

a) La existencia de irregularidades relevantes en la contabilidad (artículo 164.2.1 de la Ley concursal, LC).

b) El incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal (AC) (artículo 165.2 LC).

3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011, citada en la sentencia del juzgado, declara, en su fundamento de derecho tercero, que "la LC sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo 164, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Este mandato de que el concurso se califique como culpable *"en todo caso [...], cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos"*, evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola –esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella".

4. *Irregularidades relevantes en la contabilidad*

El primero de los tipos legales que da lugar a la calificación de concurso culpable en el caso de autos es, como se ha dicho, el del artículo 164.2.1. Con arreglo al precepto, *"en todo caso, el concurso se calificará como culpable" "cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara"*.

El Sr. magistrado aprecia irregularidades relevantes en la contabilidad. Considera que de los informes de la Inspección de Tributos de la AEAT acompañados al escrito del Ministerio fiscal, completos, detallados, explícitos y no impugnados ni contradichos por otra prueba en este procedimiento, se desprende que **la concursada actuaba en conjunción con otras dos sociedades dirigidas por el mismo administrador, Sr. J.L.P., dedicadas a la comercialización de productos textiles. En tales informes se subraya que las tres sociedades acreditaban ante la AEAT facturas falsas y un IVA soportado ficticio, así como facturas sin causa entre las sociedades del grupo, facturas contra la sociedad por gastos personales del administrador y compras reales sin factura. Todo lo anterior no tenía reflejo contable o lo tenía no ajustado a la realidad. Esas irregularidades habrían impedido el conocimiento de la realidad económica y financiera de la sociedad, hasta el punto de poder inducir a confusión a la propia AC.**

Por esa causa, en aplicación de las SSTs de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011, **el juez considera que el concurso ha de calificarse como culpable, sin necesidad de examinar el elemento culpabilístico, la relación de causalidad y la generación o agravación de la insolvencia del artículo 164.1 LC, puesto que nos hallamos en uno de los supuestos del artículo 164.2 LC.**

5. I. El escrito de recurso de apelación del Sr. J.L.P. no entra a rebatir ninguna de las constataciones expuestas en las 171 páginas del informe de la AEAT –que con razón el Sr. magistrado califica de exhaustivo y detallado. **Las conclusiones del informe se apoyan en copiosos datos de hecho, extraídos de la contabilidad y de la documentación de la concursada –y de otras empresas del grupo- que se explicitan en el propio informe.** Como puso de relieve el juez mercantil, el

administrador de la concursada, en su oposición al informe mencionado, no contradujo ni impugnó ninguno de sus datos fácticos. Cabe añadir que estaba en condiciones óptimas para hacerlo, por su condición de administrador único de TER. K., S.L. y de las otras sociedades del grupo con quienes la concursada llevó a cabo las operaciones en cuestión.

El recurrente se limita a negar de manera genérica la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad, la doble contabilidad y la incorporación de documentos falsos, incompletos o manipulados.

II. El Sr. J.L.P. remite al informe de la AC, según el cual, "toda la operativa presuntamente fraudulenta no ha sido apreciada por esta Administración Concursal ni en la contabilidad de la concursada ni en la documentación aportada junto con la solicitud de concurso y en la tramitación del procedimiento". "La deudora ha cumplido con la obligación de llevanza de la contabilidad sin que se hayan podido apreciar por esta parte irregularidades en la misma para la comprensión de su situación patrimonial o financiera".

Es cierto que la AC, en las dos instancias, se ha opuesto a la calificación del concurso como culpable. Ahora bien, **el hecho de que las irregularidades de la operativa seguida por la concursada, sin reflejo contable o con un reflejo no ajustado a la realidad, hayan podido llevar a confusión a la propia AC, es contemplado expresamente en el informe del Ministerio fiscal y en la sentencia del juzgado.** En ese contexto debe valorarse la opinión expresada por la AC que, por otra parte, tampoco rebate ni desvirtúa con datos fácticos ninguna de las actuaciones irregulares descritas en el informe. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con el administrador de la sociedad, **es comprensible que la AC no esté en la mejor situación para facilitar datos que desvirtúen los aportados de contrario.**

III. La AC hace hincapié –también el apelante- en que el procedimiento penal contra la concursada y su administrador único, don J.L.P., se halla en fase de diligencias previas y no pueden extraerse los hechos que aún están siendo objeto de investigación para utilizarse como fundamento en la pieza de calificación de este procedimiento concursal. Por ello, reitera que el concurso debería calificarse como fortuito, con la advertencia de que una eventual sentencia condenatoria en el procedimiento penal conllevaría que fuesen atribuibles a la concursada varios supuestos de culpabilidad previstos en la LC. Esa solución no es posible a la luz de los preceptos que regulan la sentencia de calificación, que ha de ser definitiva y no condicionada a eventos futuros. Como advierte el juez, **la existencia del procedimiento penal no impide que, a los solos efectos de la calificación del concurso, se valore si han existido las irregularidades contables tipificadas en el artículo 164.2.1 LC.**

6. Para desvirtuar la calificación de culpabilidad, el apelante alega también que la solicitud de concurso vino motivada directamente por la inspección fiscal a que fue sometida la concursada en el ejercicio 2009. La AEAT habría remitido comunicaciones a clientes y proveedores de la sociedad en solicitud de información, lo que comportó la pérdida de los mejores clientes, que llegaron incluso a anular los pedidos ya cursados a TER. K., S.L. En estas circunstancias, el Sr. J.L.P. se habría visto obligado a solicitar rápidamente el concurso. No habría culpa de la sociedad ni de su administrador en la generación ni en la agravación de la insolvencia.

En el fundamento de derecho 3 de esta resolución hemos citado la **STS de 6 de octubre de 2011**, que resume perfectamente los dos **criterios legales de definición del concurso culpable**. Conforme al segundo de ellos, previsto en el **apartado 2 del mismo artículo 164**, que es el precepto aplicado en el caso de autos, **la calificación es ajena a la producción del resultado de la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado y atiende solamente a la ejecución de alguna de las conductas descritas en la propia norma. Las irregularidades contables relevantes, invocadas por el Ministerio fiscal y resultantes de los datos expuestos en el informe de la AEAT, no contradichos ni desvirtuados en el incidente, son suficientes para calificar el concurso como culpable, tal como apreció con absoluta corrección el juez del concurso.**

Por ello, no puede acogerse la alegación del recurso, según la cual, deberían ponderarse las irregularidades que se aprecian en la contabilidad de la compañía –se admite, pues, su existencia- para analizar si han provocado la situación de insolvencia o la han agravado.

7. *Incumplimiento del deber de colaboración*

Lo ya expuesto es suficiente para mantener la calificación de culpabilidad del concurso hecha por el juez mercantil.

El Sr. J.L.P. impugna también el segundo de los fundamentos de la calificación. El Ministerio fiscal invocó en su informe la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.2 LC, por haber incumplido los administradores de la sociedad el deber de colaboración con la AC.

La sentencia la refiere a la **falta de puesta en conocimiento por la concursada a la AC de la existencia de la querrela criminal interpuesta por la AEAT** –por el Ministerio fiscal, según la copia del auto del Juzgado de Instrucción de Esplugues de Llobregat de 7 de diciembre de 2010, unida a los autos, f. 83 y ss.- en noviembre de 2010, que fue conocida por la AC en abril de 2011, por cauce distinto a la información de la concursada. El juez, tal como había alegado el Ministerio fiscal, lo considera un incumplimiento muy grave del deber legal de la concursada, integrante de culpa o dolo, a los efectos del artículo 164.1 LC, lo que le lleva a calificar el concurso como culpable también por esta causa.

En su recurso, el Sr. J.L.P. niega haber silenciado a la AC la inspección fiscal. Afirma que, por el contrario, ese hecho fue explicado en el mismo momento de solicitar el concurso y consta en la memoria de la historia jurídica y económica de la sociedad, acompañada como documento 2 de la solicitud de concurso voluntario. No habría dolo ni culpa.

Con ello, el apelante se desvía de la sentencia impugnada y, en lugar de impugnar su contenido, como es propio del recurso de apelación, contesta a las alegaciones del informe anterior del Ministerio fiscal. Es cierto que ese informe hacía constar que el representante de la deudora silenció consciente y deliberadamente tanto la pendencia del procedimiento de la Inspección de Tributos de la AEAT como la existencia del procedimiento penal posterior.

Sin embargo, el juez, en la sentencia de calificación, no cuestiona que el administrador de la concursada comunicara desde un principio a la AC la existencia de la inspección fiscal, que incluso erigió en causa directa de la situación de insolvencia, en la memoria aportada con la solicitud de concurso. Lo que la sentencia del juzgado achaca a la sociedad y al Sr. J.L.P. es **no haber comunicado a la AC la existencia de la querrela criminal. La distancia entre una inspección fiscal y una querrela por delitos contra la Hacienda pública y por delito continuado de falsificación de documento mercantil es evidente. El deber de comunicar ese cambio cualitativo a la AC, también.** Y el hecho de que no se comunicó resulta del escrito de la AC de 6 de abril de 2011 y lo confirma tácitamente el recurso de apelación, cuando elude esta cuestión pese a los claros términos de la sentencia del juzgado.

Por tanto, sin perjuicio de la relevancia de esta segunda conducta para la declaración de culpabilidad del concurso, también debemos desestimar el motivo de apelación.

8. La desestimación del recurso de apelación determina la imposición al apelante de las costas de la segunda instancia (artículos 398.1 y 394.1 LEC y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 197/2013, de 13 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: En relación a la calificación del concurso, ante la **acreditación de salidas o abonos en la cuenta de caja**, no desvirtuada mediante alegación ni prueba alguna, dará lugar a la calificación de culpabilidad del concurso (art. 164.2. 5º LC).

En relación con el administrador, aun en el caso de que se estimara probado que no gestionaba la sociedad concursada, el incumplimiento de los deberes propios del cargo (deber de diligencia del art. 61 LSRL) no le permitirá eludir su **responsabilidad como administrador**. Tampoco la eludirá el hecho de que éste no haga efectivo el menoscabo patrimonial; basta con ser el responsable de la gestión. En este caso, el cargo de la

prueba recae sobre el administrador, en virtud del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, en virtud del art. 217.7 LEC

Si un **préstamo** es invocado como causa de culpabilidad del concurso, en la modalidad de **salida fraudulenta de bienes del patrimonio** de la concursada, deberá darse acreditación que pruebe suficientemente del destino de esos bienes, así como que tengan un destino distinto del patrimonio del administrador, para quedar libre de responsabilidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. D. J.F.P., que, como administrador único de la sociedad concursada A.M.P., S.L., fue condenado por el juzgado mercantil en la sección de calificación del concurso, apela contra la sentencia dictada por el juzgado, que declaró el concurso culpable y a don J.F.P. persona afectada. En el recurso de apelación, alega la falta de acreditación de los hechos que la sentencia del juzgado considera probados.

2. El apelante dedica uno de los apartados del recurso a desvirtuar la imputación de la causa prevista en el artículo 165.3 de la Ley concursal (LC), que presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

Sin embargo, tal causa no ha de ser objeto de examen en esta segunda instancia, atendido que la sentencia impugnada deja claro, en su fundamento de derecho cuarto, que no califica el concurso como culpable con base en ella. El Sr. magistrado expone que, en aplicación de la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011, debió concretarse cuál es el elemento causal de la generación o agravación de la insolvencia por parte del deudor concursado. La decisión de desestimación de dicha causa de concurso culpable no ha sido impugnada.

3. En consecuencia, el examen debe contraerse a la causa de culpabilidad invocada por la administración concursal (AC) y el Ministerio fiscal y apreciada por el juez mercantil, la prevista en el artículo 164.2.5 LC, conforme al cual, el concurso se calificará como culpable, en todo caso, cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. En el caso en examen, las conductas que se tipifican bajo esa causa son dos, que, como el Sr. magistrado, examinaremos de manera separada.

4. A) En primer lugar, la sentencia impugnada considera **hecho no controvertido** que, en la contabilidad de la concursada correspondiente al ejercicio 2009, **figuran salidas o abonos en la cuenta de caja por importe total de 220.189,45 euros, con cargo a la cuenta "partidas pendientes de aplicación"**. Tales salidas se habrían producido en fechas 30 de enero de 2009 (una de 64.577,05 euros y otra de 134.612,40 euros) y 15 de marzo de 2009 (21.000 euros).

La sentencia del juzgado expone que **no existe en la oposición a la calificación ninguna explicación razonable acerca del sentido o del destino de la suma –nada desdeñable, como señala la AC- de 220.189,45 euros, pocos meses antes de solicitar el concurso** (el 1 de julio de 2009). En la oposición del Sr. J.F.P. se apunta, sin mayor concreción, que carece de los justificantes; que toda la documentación está en poder de la mercantil; que la salida de dinero era la operativa que se seguía dentro del grupo en los ejercicios 2008 y 2009 y que el Sr. M. (según el apelante, asesor del grupo al que pertenecía la deudora) tenía todo el poder en la concursada. El juez tacha de vagas e inconcretas las alegaciones del Sr. J.F.P. y razona que, ni en sí mismas, ni acompañadas de los documentos aportados, que no las acreditan, no explican ni justifican de ningún modo el destino dado al dinero extraído. La sentencia puntualiza que **la existencia de operaciones intragrupo que pudieran justificar las salidas de dinero referidas debe ser objeto de una cumplida prueba, como también debe serlo la posibilidad apuntada**

por el Sr. J.F.P. de **que en la empresa en concurso existiera otra persona distinta del administrador único que ejerciera de forma efectiva la dirección, gestión y control como verdadero administrador de hecho.**

Esas mismas carencias pueden predicarse de las alegaciones del recurso, que nada aportan a la situación constatada en la primera instancia. El recurrente se refiere al hecho de que, en su interrogatorio en juicio, el Sr. J.F.P. manifestó de manera clara y contundente que quien llevaba las riendas financieras dentro del grupo era el socio mayoritario, G.P.M, S.A., puesto que contaban con un equipo financiero más que capacitado que se ocupaba de ello. El Sr. J.F.P. se habría ocupado solamente de marketing, la materia en que era experto.

Lógicamente, **la sola manifestación del administrador único en el sentido de que no era él sino un tercero quien gestionaba la sociedad y quien, por tanto, conocía las operaciones de salida de bienes que han generado la calificación de concurso culpable, no se puede considerar prueba de lo aseverado, que, como se ha dicho, no cuenta con soporte probatorio. Aun en el caso de que se estimara probado, no permitiría eludir la responsabilidad del administrador por el incumplimiento de los deberes propios del cargo, singularmente el deber de diligencia que le impone el artículo 61 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL): los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal** (en el mismo sentido, el actual artículo 225 de la Ley de sociedades de capital, LSC). Ello sin perjuicio de las acciones que, en su caso, a nivel interno, puedan corresponder al administrador de derecho contra las personas que desarrollaron materialmente aquellas conductas.

En el plano de la calificación del concurso, previo al de la responsabilidad concursal del administrador de la sociedad deudora, lo cierto es que **se han acreditado las conductas denunciadas por la AC y apreciadas por el juez, suficientes por su naturaleza e importancia para que, no desvirtuadas mediante alegación ni prueba alguna, den lugar a la calificación de culpabilidad del concurso con arreglo al artículo 164.2.5.**

El hecho, también alegado en este apartado del recurso, de que no se haya demostrado que el importe de 220.189,45 euros lo retirara el Sr. J.F.P. ni fuera a parar a una cuenta del administrador no excluye la concurrencia de la causa de culpabilidad. La dinámica de prueba ha de ser la inversa, puesto que el principio de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 217.7 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC), puesto en relación con la diligencia exigible al administrador, permitía a éste acreditar cuál fue el destino de las salidas por aquel importe de la caja física o material de la compañía, aquella en que se depositan los reintegros de las cuentas bancarias de la sociedad. Por el contrario, la prueba por alguien externo a la sociedad de las circunstancias y el destino de aquellas salidas roza lo imposible.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso de apelación en cuanto a este primer extremo.

5. B) Existe una segunda conducta que la sentencia del juzgado subsume en el tipo del artículo 164.2.5 LC. En la contabilidad de la concursada consta registrado, en fecha 16 de septiembre de 2008, un **préstamo** por importe de 70.000 euros, concedido a C.M.E.C.A., S.L., sociedad de la que también es administrador único el Sr. J.F.P. El juez considera que tampoco respecto de esa **entrega dineraria se ha ofrecido justificación ni causa económica o contractual.**

La AC puso de relieve que no existía documento eficaz y válido que justificara la salida y no se hallaba explicación al hecho de que la sociedad concursada, en el débil momento en que se encontraba, entregara o prestara la importante suma de 70.000 euros a una sociedad estrechamente vinculada al administrador Sr. J.F.P.

El Sr. J.F.P., alegó que, debido a los problemas financieros del grupo, se decidió buscar financiación y se contactó con la entidad TRA., S.A., que actuaría como intermediaria. Siguiendo instrucciones de TRA., S.A., la sociedad C.M.E.C.A., S.L., del grupo de la concursada, habría firmado con la entidad D. F. L. un documento –del que se aporta fotocopia no traducida– por el que el grupo recibiría un préstamo de 20 millones de euros. Para ello, resultaba necesario el pago al intermediario de 200.000 euros, el 1% de la

cantidad solicitada. 70.000 de esos 200.000 euros los habría entregado la concursada a C.M.E.C.A., S.L. (a modo de préstamo, según los documentos privados aportados por el Sr. J.F.P.; no se ha discutido) y ésta a TRA., S.A. Los restantes 130.000 euros los habría aportado otra empresa del grupo, G.P., S.L. C.M.E.C.A., S.L. no habría podido devolver el préstamo a la concursada por haber sido víctima de la estafa de TRA., S.A., como otras terceras entidades no relacionadas con la concursada.

La sentencia del juzgado no considera acreditada la versión del administrador de la concursada porque, por un lado, no estima justificada la transferencia de C.M.E.C.A., S.L. a TRA., S.A. y, por otro lado, valora la ausencia en los autos de otros elementos probatorios de los que pudiera inferirse la operación de financiación del grupo. El Sr. magistrado concluye que la falta de justificación del destino dado a los bienes referidos permite presumir que se hicieron propios por el administrador.

En su recurso, el apelante alega que el justificante de la transferencia de C.M.E.C.A., S.L. a TRA., S.A. lo aportó a los autos acompañando al escrito de recurso de reposición de 2 de febrero de 2012 junto con determinado informe médico.

Efectivamente, revisadas las actuaciones, al folio 659 se halla el documento invocado, copia de "justificante de emisión de trasposos/transferencias en moneda" emitido por Banco Santander, oficina 5707 de Barcelona, que fue adjuntado con el recurso de reposición dicho, en el que se hacía referencia expresa a esa aportación documental. Acredita la transferencia de 70.000 euros, por parte de C.M.E.C.A., S.L., en fecha 16 de septiembre de 2008 –la misma fecha del préstamo a dicha sociedad por parte de la concursada-, a determinada cuenta de TRA., S.A. en el banco Crédit Suisse AG. **El resguardo bancario se ha aportado a los autos mediante mera fotocopia sin que se haya indicado el motivo. Sin embargo, las restantes partes no lo han impugnado, por lo que apreciamos su eficacia probatoria.**

A partir del conjunto de documentos aportados por el Sr. J.F.P. y, en especial, del resguardo bancario citado y del testimonio de las diligencias previas número 5668/2008, que se siguen por el Juzgado de Instrucción número 47 de Madrid, a denuncia de una tercera entidad sin relación conocida con la concursada, por delito de estafa, en relación con unos hechos y unas personas que presentan grandes coincidencias con los hechos referidos por el apelante, consideramos – naturalmente, sin prejuzgar lo que resulte de los procesos penales- que queda suficientemente probada, a los efectos de este juicio de calificación concursal, la versión sostenida por el administrador Sr. J.F.P.

Con el grado mínimo de certeza requerido en este juicio civil, queda acreditado que la suma de 70.000 euros del préstamo tuvo un destino distinto al presumido en la sentencia del juzgado –el patrimonio del propio administrador. Lo cierto es que los escritos de los apelados, que, a diferencia del Sr. magistrado del juzgado mercantil, pudieron verificar, a partir de los datos del recurso de apelación, que constaba en las actuaciones el justificante bancario de la transferencia –del que, por otro lado, habían tenido noticia oportunamente con el traslado del recurso de reposición del Sr. J.F.P. presentado el 3 de febrero de 2012- omiten cualquier alegación al respecto e insisten en las consideraciones de la sentencia basadas en la falta de aportación del justificante de transferencia.

El préstamo de la concursada a una empresa del grupo, efectuado por el Sr. J.F.P. como administrador de ambas, puede ser cuestionable desde muchos aspectos. No juzgamos aquí si la operación articulada fue diligente o si implicaba un conflicto de intereses. En estas actuaciones, **el préstamo se ha invocado como causa de culpabilidad del concurso, en la modalidad de salida fraudulenta de bienes del patrimonio de la concursada, debido a la falta de acreditación de un destino de los bienes distinto del patrimonio del administrador común, Sr. J.F.P.** Desvirtuada esa aplicación, no apreciamos que, por lo que atañe a esta segunda conducta, relativa al préstamo de 70.000 euros, nos hallemos ante la causa de concurso culpable invocada, del tipo del artículo 164.2.5 LC, que se refiere a las salidas fraudulentas de bienes o derechos del patrimonio del deudor.

En consecuencia, debe estimarse la impugnación del apelante solamente en este punto, con la consiguiente repercusión en el importe de la suma que deberá devolver a la masa, que se reducirá en

70.000 euros respecto de la fijada en la primera instancia y ascenderá a 220.189,45 euros, manteniéndose la calificación de concurso culpable.

6. La estimación parcial del recurso determina que no se impongan las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 208/2013, de 21 de Mayo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: El presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Para negar la **extemporaneidad en la solicitud de concurso** (165.1 LC), el deudor debe probar que no se encontraba en estado de insolvencia.

La **acción del artículo 172 bis LC**, es una acción de daños por responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad, estableciendo una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales. Por ello, la cuantía de la condena del administrador se establece atendiendo a la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia impugnada examina los fundamentos en que la administración concursal (AC) y el Ministerio fiscal apoyaron la calificación de culpabilidad del concurso de CUB., S.L.:

- c) Artículo 164.2.1 de la Ley concursal (LC):
 - a) Falta de llevanza de libros legalizados.
 - b) Diferencias en la contabilización del pasivo que afectan a la imagen de la sociedad.
 - c) Falta de soporte documental de la cuenta "partidas pendientes de aplicación".
 - d) Artículo 165.1 LC. Incumplimiento del deber de solicitar el concurso.

2. I) El juez mercantil, en relación con los hechos invocados bajo el supuesto del artículo 164.2.1 LC, rechaza que las diferencias alegadas en la contabilidad del pasivo (b) y la falta de soporte documental de la cuenta "partidas pendientes de aplicación" (c) constituyan las irregularidades relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada, tipificadas en el precepto legal. En cambio, aprecia que no se ha acreditado la llevanza de los libros de comercio obligatorios en los ejercicios posteriores a 2006 (a), lo que considera un incumplimiento sustancial por la concursada de la obligación correspondiente, que integra la conducta del artículo 164.2.1 LC.

II) El Sr. magistrado también considera cumplido el tipo del artículo 165.1 LC, por la presentación extemporánea de la solicitud de concurso. CUB., S.L. presentó la solicitud el 26 de marzo de 2009, mientras que, según la sentencia, ya se hallaba en situación de sobreseimiento generalizado de pagos en octubre de 2008.

Por las causas expresadas, la sentencia del juzgado mercantil califica el concurso como culpable, con los pronunciamientos que se han relacionado en los antecedentes de hecho. Incluye la condena al administrador de la concursada, don J.C.L.B., con base en el artículo 172.3 LC, a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban de la liquidación de la masa activa, en la suma de 241.724,50 euros, la mitad del importe en que calcula la agravación de la insolvencia.

2. Contra la sentencia ha apelado don Juan Carlos J.C.L.B., que solicita su revocación. Alega dos motivos:

1. En relación con la calificación de concurso culpable, del artículo 164.1 y 165.1 LC, inexistencia de retraso en la solicitud de concurso.

2. En relación con la condena del administrador Sr. J.C.L.B., del artículo 172.3 LC, inexistencia de nexo causal entre la conducta culposa y el agravamiento de la insolvencia.

El recurso de apelación pasa por alto que uno de los títulos de calificación del concurso como culpable ha sido el del artículo 164.2.1 LC, conforme al cual, en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

Como se ha resumido, eran tres los hechos que los escritos de calificación de la AC y del Ministerio fiscal subsumían bajo el artículo 164.2.1 LC y, aunque los dos últimos fueron rechazados, la sentencia del juzgado acogió el primero, consistente en la falta de llevanza de los libros obligatorios para el comerciante social. Al respecto, cabe precisar que no se trata de que el juez apreciara solamente la falta de legalización de los libros –lo que, en nuestro criterio no bastaría para la calificación de culpabilidad- sino que, junto a la falta de legalización de algunos libros, constató la falta de llevanza de los posteriores a 2006.

El silencio del recurso sobre este título de imputación impide revisarlo en esta segunda instancia (artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC), en que la calificación correspondiente ha devenido, por tanto, firme. Ello tiene consecuencias relevantes: aunque se acogieran las alegaciones del apelante relativas a la aplicación del artículo 165.1 LC, el concurso seguiría siendo culpable, por la otra causa (del artículo 164.2.1 LC).

3. La **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011**, citada en la sentencia del juzgado, declara, en su fundamento de derecho tercero, que "la LC sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concursado. Según el otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo 164, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma. **Este mandato de que el concurso se califique como culpable "en todo caso [...], cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos"**, evidencia que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, es determinante de aquella calificación por sí sola –esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia del concursado o concursada-. Por ello, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en la primera norma un tipo de daño y, en la segunda, uno -varios- de mera actividad, respecto de aquella".

4. *Primer motivo de recurso*

En cuanto a la **extemporaneidad en la solicitud de concurso**, el juez la apreció a la vista de los numerosos indicios puestos de relieve en el informe de la AC, que consideró no desvirtuado por la concursada ni por su administrador. En concreto, la sentencia del juzgado expone que, en fecha 8 de octubre de 2008, se hallaban vencidos e impagados créditos por importe de 153.579,89 euros, que representarían el 25,175 % de la deuda de la concursada; CUB., S.L. mantenía una deuda con la Agencia Tributaria por importe de 256.544,33 euros, por impago de IVA del último trimestre de 2007 y todo el año en curso, y había impagado todas las cuotas de la Tesorería General de la Seguridad Social devengadas durante 2008.

El recurso de apelación del administrador Sr. J.C.L.B. sostiene que su solicitud de 26 de marzo de 2009 se hizo en tiempo hábil. Por lo que atañe al hecho de que, en octubre de 2008, el pasivo vencido e impagado representara más del 25% de la deuda de la concursada, invoca sentencias de este tribunal que consideraron que la situación de insolvencia generalizada en los pagos concurría cuando el pasivo

vencido e impagado representa el 51% del total pasivo reconocido. Añade que el dictamen pericial aportado a instancias de la AC no parte del informe provisional de la AC, sino de las facturas insinuadas por los propios acreedores, lo que no sería baladí, atendida la diferencia entre el importe de los créditos insinuados por los acreedores (5.715.627,29 euros) y los reconocidos por la AC en su informe provisional (3.492.102,51 euros ó 3.983.534,94 euros, si se computan los créditos subordinados). La antigüedad de la deuda con la AEAT y la TGSS, que reconoce, no sería relevante, al quedar desvirtuada la situación de insolvencia por los datos anteriores.

5. Consideramos que la cita de sentencias se ha sacado de contexto.

Conforme al artículo 5.1 LC, *"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."*

En la sentencia citada de 11 de marzo de 2009, el tribunal decía que *"se encuentra en estado de insolvencia, dice el artículo 2.2 LC, el deudor que "no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles", entendiéndose por tanto la expresión "estado de insolvencia" en un sentido flexible y no absoluto, no identificado necesariamente con la definitiva e irreversible impotencia patrimonial, sino con la situación de incapacidad actual o inminente para el cumplimiento regular de las obligaciones, aunque la imposibilidad se deba a una situación de iliquidez pero con activo superior al pasivo exigible (que se refleja contablemente por unos fondos propios expresados con signo positivo).*

Para facilitar la petición de concurso necesario, a instancia de un acreedor, y en concreto la acreditación de la insolvencia, el artículo 2.4 LC enumera una serie de hechos reveladores de tal estado, de modo que en principio basta invocar alguno de ellos para justificarla, entre otros, el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. Pero se debe precisar que el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles. Es por ello que no tiene tanta trascendencia que exista o no una situación de cesación generalizada de los pagos, no siendo por ello decisivo que la sociedad demandada esté al corriente en el pago de los salarios y proveedores; lo verdaderamente relevante es si el deudor tiene capacidad para afrontar de forma regular sus obligaciones, tanto transitoria como definitivamente, y la prueba de la solvencia corresponde al propio deudor sobre la base de sus libros de contabilidad (artículo 18.2 LC). Sin perjuicio, ya se ha dicho, de que pueda considerarse como síntoma significativo, incluso casi decisivo, del estado de insolvencia la cesación generalizada en el pago de las obligaciones exigibles, lo que, evidentemente, puede manifestarse también como una consecuencia del estado de insolvencia.

El tribunal insistía, como se ve, en la consideración de que **el presupuesto del concurso no es el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones, sin perjuicio de que ello pueda operar como hecho revelador de la insolvencia, sino la incapacidad del deudor de atender regularmente el pago de las obligaciones exigibles.**

En el caso de autos, a los datos expuestos en la sentencia del juzgado deben unirse los que resultan de las cifras de balance y cuentas de resultado extraídas por la AC del balance de sumas y saldos entregado por la concursada. Se hicieron constar en el escrito de calificación de la AC y no fueron discutidas por la concursada ni por su administrador hoy apelante. Las pérdidas del ejercicio de 2007 habrían ascendido a 362.040,83 euros, con unos fondos propios de 254.329,40 euros. Las pérdidas de 2008, a 567.550,71 euros, con unos fondos propios negativos por 313.221,31 euros.

Como apreció el juez, **ni el escrito de oposición a la calificación presentado por la concursada** –que se limita a negar el retraso y su relación de causalidad con la agravación de la insolvencia- **ni el escrito de calificación del administrador Sr. J.C.L.B. desvirtúan el conjunto de datos tenidos en cuenta por la AC y el Ministerio fiscal.** Al contrario, estimamos que el segundo de los escritos la confirma más que tácitamente. Manifiesta que **se desconoce el pasivo exigible existente en octubre de 2008; que aun cuando la situación de la empresa era negativa ya a mediados de 2008, no hay datos que permitan afirmar que la presentación del concurso a julio de 2008 hubiera minorado la insolvencia** ni se ha acreditado que, en el supuesto período de retraso, CUB., S.L. realizara operaciones que la agravaran; que, en cualquier caso, se está ante el supuesto típico del empresario que demora la presentación del concurso en la esperanza de poder salir por sus propios medios de la difícil situación en que se halla, puesto que el Sr. J.C.L.B. intentó reflotar la empresa de todas las maneras posibles, poniendo en riesgo su propio patrimonio personal.

En el contexto de los pagos, las pérdidas y los fondos propios descritos, el deudor debía probar que en la fecha establecida por el juzgado no se encontraba en estado de insolvencia –es el criterio que establece la LC (artículo 18) y el que resulta de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria (artículo 127 LEC)-. Lejos de ello, **invoca el desconocimiento del pasivo exigible en octubre de 2008 –coherente con la otra causa de culpabilidad apreciada, de falta de llevanza de contabilidad- y, sobre todo, opone haber acudido, siempre con la mejor intención, a vías de hecho que, sin perjuicio de que hayan merecido valoración a los efectos de cuantificar la responsabilidad del administrador, impiden negar el retraso en la solicitud de concurso.**

Por lo expuesto, rechazado el motivo de recurso, que negaba la extemporaneidad de la solicitud de concurso, debe confirmarse el carácter culpable del concurso también con fundamento en el artículo 164.1 LC, en relación con el artículo 165.1 LC.

6. Segundo motivo de recurso

El segundo motivo de recurso combate la **condena del administrador Sr. J.C.L.B.**, ex artículo 172.3 LC, a pagar a los acreedores concursales el importe de los créditos que no perciban de la liquidación de la masa activa, en la suma de 241.724,50 euros, la mitad del importe en que el juez calcula la agravación de la insolvencia.

(i) La parte apelante manifiesta su acuerdo con el razonamiento de la sentencia del juzgado según el cual, solamente si se prueba la existencia de relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño cabe condenar al administrador. El recurso añade (ii) que la sentencia no deriva la condena del supuesto del artículo 164.2.1 LC y (iii) reitera que no se ha probado el retraso, por lo que no cabe apreciar que haya agravado la insolvencia.

Sobre esta última cuestión (iii) ya nos hemos manifestado en los apartados anteriores. En cuanto a (ii) es cierto que la sentencia del juzgado no anuda la responsabilidad del administrador ex artículo 172.3 al hecho de la falta de llevanza de contabilidad, sino al retraso en la solicitud de concurso. Resta examinar el argumento (i) del recurso y de la sentencia impugnada sobre la necesidad del nexo causal.

7. Es cierto, como refiere el juez, que esta Sección 15ª había venido conceptuando la acción del artículo 172.3 LC (ahora artículo **172 bis LC**) como una acción de daños. Ahora bien, según hemos señalado en la Sentencia de 20 de julio de 2012, aunque se mantuviera esa tesis, en el caso de autos no podría acogerse la conclusión del recurrente. En la Sentencia de 15 de enero de 2009, presumiáramos el nexo causal cuando la concursada (a través de la acción o de la falta de acción de su administrador) había privado a los órganos del concurso de la posibilidad de conocer sus cuentas, de forma que debía ser el administrador quien probase que no existía nexo de causalidad entre su conducta y el agravamiento de la insolvencia.

Desde nuestra Sentencia de 23 de abril de 2012, a partir de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (singularmente, **Sentencias de 6 de octubre** y 17 de noviembre de 2011 y otras posteriores en el mismo sentido), consideramos que **no estamos ante una acción de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, es decir, una acción de daños por culpa**. Seguimos manteniendo que la **imposición de la responsabilidad** no es automática como consecuencia de la consideración culpable, sino que **exige un juicio de imputación autónomo y añadido al de la culpabilidad**, aunque pueda nutrirse de algunos de los elementos que determinaron la calificación culpable, tal y como resulta de esos criterios jurisprudenciales establecidos por el T.S. Sin embargo, los parámetros de ese juicio de imputación de responsabilidad no son los propios de la responsabilidad por daños.

Entendemos que el TS la interpreta como una **responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad**. Sólo así se puede explicar que la **STS de 6 de octubre de 2011**, la más significativa de todos aquellos antecedentes jurisprudenciales, mantuviera la **condena del administrador al pago del descubierto o déficit en un caso en que no existía o no estaba acreditado el nexo causal entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia**.

En la misma dirección valoramos la reforma operada por la Ley 38/2011 –con retroactividad meramente interpretativa, que la jurisprudencia admite. Consideramos que las referencias expresas al “déficit” concursal en el actual artículo 172 bis refuerzan la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit, similar a otras instituciones acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -Ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -Insolvency Act de 1986-), que no son normas de

responsabilidad por daños sino exclusivamente **normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial**. Del texto del artículo 172 bis.1.II “el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura” extraemos que para determinar la responsabilidad no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

Sobre el **criterio de imputación** conforme al cual se debe atribuir al administrador, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial, hemos tenido en cuenta la **STS de 6 de octubre de 2011**, conforme a la cual, **habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable**. Concluimos que estamos ante una norma sobre atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso, norma de la misma naturaleza que la de responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 de la Ley de sociedades anónimas (105.5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y actual artículo 367 de la Ley de sociedades de capital).

En la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2012 se decía que “como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las reglas propias de la imputación objetiva, lo que significa tanto como **establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales**, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172 -bis.1 que la sentencia “deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.

8. La posterior **STS de 16 de julio de 2012** vino a confirmar que “no se trata, en consecuencia, de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de “persona afectada”-; que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal”.

“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador”.

Sobre la **cuantía de la condena del administrador**, la STS de 16 de julio de 2012 observa: que la norma no fija ningún criterio para cuantificar la parte de la deuda que debe ser cubierta, por lo que “si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la **gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso**” y remite a los criterios de valoración expresados en las STS de 6 de octubre de 2011, reiterados en la de 17 noviembre de 2011, es decir, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento del administrador en relación con la actuación que determinó la calificación del concurso como culpable.

9. En el caso de autos, por lo que respecta al importe del déficit concursal, los únicos datos que aparecen en las actuaciones remitidas a este tribunal son los relativos al pasivo que consta en los textos

definitivos, que, según la sentencia del juzgado, asciende a 3.983.534,94 euros. El total activo, según el informe de la AC, es de 623.583,79 euros y el valor de liquidación, de 392.803,74 euros.

No se discute que el Sr. J.C.L.B. era el administrador único de la concursada. A él son atribuibles, por tanto, las conductas que han determinado la calificación del concurso como culpable, sin que se hayan aportado elementos que permitan la exclusión de la imputación. En el contexto descrito, atendidas las cifras del déficit, el grado de participación y la naturaleza y gravedad objetiva de la conducta, no apreciamos ningún dato –no se aporta– que conduzca a juzgar inadecuada la cuantía de su condena a pagar la suma de 241.724,5 euros a los acreedores concursales, del importe que de sus créditos no perciban de la liquidación de la masa activa. En consecuencia, debemos desestimar el recurso de apelación.

10. La desestimación del recurso de apelación determina la imposición al apelante de las costas de la segunda instancia (artículos 398.1 y 394.1 LEC y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 217/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Está justificada la atribución de la condición de **administrador de hecho** como administrador oculto de la sociedad, al falso asesor externo que toma las decisiones de gestión y negociación de forma autónoma.

La motivación de la **responsabilidad del artículo 172 bis LC**, posee criterios abiertos, por lo que no compartir la concreta motivación, no es razón suficiente para concluir que existe el vicio procesal de falta de motivación. Sobre todo, cuando en la causa de culpabilidad del concurso (irregularidades contables no negadas) se encuentra implícita la presunción de que todo el déficit patrimonial acumulado es imputable a los actos de los administradores sociales.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 20 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de INTE. PROM., S.L., considerando como personas afectadas por tal calificación a A.F.O., C.A.T. y a C.F.G., a la vez que dispuso que los mismos resulten inhabilitados para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de dos años y condenó a los administradores Sres. C.F.G. y A.F.O. a pagar a la masa la cantidad de 3.506.900,59 euros en concepto de responsabilidad concursal por el déficit concursal.

2. El recurso del Sr. C.F.G., único que se ha formulado frente a la resolución judicial, se funda en los siguientes motivos:

- a) Nulidad de actuaciones, por no haber accedido el juzgado a la solicitud de suspensión de la vista señalada para sustanciar el incidente concursal de calificación, lo que se afirma que habría infringido lo establecido en el art. 16 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.
- b) Nulidad de actuaciones, por no haberse hecho indicación, al notificar al Sr. C.F.G. la providencia de 24 de mayo de 2012 no acordando la suspensión de la vista, del recurso procedente contra la misma.
- c) Error en la valoración de la prueba respecto a los hechos que han llevado a la resolución recurrida a estimar que concurren en el Sr. C.F.G. los caracteres propios de la figura del administrador de hecho.
- d) Nulidad de la sentencia por falta de motivación del pronunciamiento de condena relativo a la fijación de la responsabilidad civil pecuniaria a cargo del Sr. C.F.G.

SEGUNDO. 3. En su primer motivo de recurso el Sr. C.F.G. solicita que se declare la nulidad de las actuaciones por no haber accedido el juzgado a su solicitud de que se aplazara la vista señalada para sustanciar el incidente el 31 de mayo de 2012, solicitud que se hizo por no haber dispuesto su letrado (designado unos días antes por el turno de oficio) de tiempo material para poder preparar de forma adecuada su defensa. Se justifica esa alegación con la afirmación del letrado recurrente de haber sido designado seis días antes del señalado para la vista, si bien, pese a ello, no tuvo la oportunidad de contactar con el Sr. C.F.G. hasta la tarde anterior al día señalado para la celebración de la vista, sin tiempo material para prepararla, dada su gran complejidad. Se invoca como infringido el art. 16 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita y, como norma que justifica la solicitud de nulidad, el art. 225.3 LEC.

4. Para juzgar más adecuadamente sobre la solicitud es preciso tener en cuenta toda la cronología de los hechos, parte de la cual se omite en el recurso:

a) El Sr. C.F.G. estaba comparecido en las actuaciones representado por el procurador Sr. Cárdenas y dirigido por letrado de su libre elección, el Sr. Machado Plazas, que materialmente se encargó de formular la oposición a la propuesta de calificación formulada por la AC por medio de escrito presentado el 9 de diciembre de 2011. El 22 de febrero de 2012 el Sr. Machado requirió al Sr. C.F.G. para que le hiciera provisión de fondos con la advertencia de que, caso de no hacerla antes del siguiente 2 de marzo, presentaría la oportuna renuncia.

b) El 7 de mayo siguiente el Sr. Machado presentó escrito de renuncia y solicitó la suspensión de la vista señalada.

c) El 24 de mayo el Sr. C.F.G. solicitó designa de abogado de turno de oficio, a lo que accedió el juzgado, que rechazó la petición de suspensión de la vista.

d) El día 25 de mayo el ICAB designó al letrado Sr. Vallés Muñío, que ese mismo día tuvo conocimiento de la designa.

e) La vista se señaló el día y hora previstos, esto es, el 31 de mayo. A ella no asistió el Sr. C.F.G., aunque sí lo hizo su letrado.

f) El día 12 de junio de 2012, después de la celebración de la vista, la Comisión del Turno de Oficio del ICAB dictó resolución denegando al letrado designado Sr. Vallés la renuncia a la defensa del Sr. C.F.G.. El 3 de agosto siguiente recayó informe desfavorable a la asistencia de justicia gratuita por parte del Servei de Tramitació del ICAB.

Es también un dato relevante que resulta del recurso el hecho de que, al menos en aquel momento, el Sr. C.F.G. ostentaba la condición de presidente-consejero delegado de la compañía FE. Al, S.A., que cotiza en la Bolsa de Barcelona.

5. Ante esos hechos, no podemos considerar que esté fundada la solicitud de nulidad de actuaciones, por las siguientes razones:

Primera, **no existe violación del art. 16 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que faculta al juez, pero no le obliga, a suspender la vista.** Creemos que estaba bien justificada la decisión de no acceder a la suspensión porque: (i) el solicitante de abogado de oficio había tenido la posibilidad de hacer su solicitud de designa meses antes de cuando la hizo, ya que tuvo conocimiento con mucha antelación que el letrado que había designado le había indicado que renunciaría si no le efectuaba provisión de fondos; y (ii) porque entre el momento de la designa y el señalado para el juicio mediaba plazo más que suficiente para preparar adecuadamente la vista, cuyo contenido era accesorio, ya que lo esencial, la oposición a la propuesta de calificación, ya estaba hecha y la vista (de carácter no indispensable) únicamente se señaló con objeto de poder practicar la prueba previamente propuesta y admitida.

Y segunda, porque **la indefensión, caso de haberse producido, únicamente sería imputable a la parte, esto es, al propio Sr. C.F.G. o bien al letrado que le fue designado**, que admite que no contactó con el Sr. C.F.G. hasta el día anterior a la vista. Sean cuales sean las dificultades que tuvieron para comunicar, si es que efectivamente las tuvieron, lo relevante es que, **en cualquier caso, no son imputables al órgano jurisdiccional, razón por la que su indefensión, caso de haberse producido, tampoco puede ser imputada.** Ello impide que esté justificada la solicitud de nulidad de actuaciones.

TERCERO. 6. El segundo motivo denuncia nulidad de actuaciones, por no haberse indicado el recurso procedente al notificar al Sr. C.F.G. la providencia de 24 de mayo de 2012 no acordando la suspensión de la vista.

7. Tampoco este motivo puede prosperar porque **no podemos compartir que del vicio denunciado, caso de existir, pueda derivarse indefensión alguna. No basta la mera irregularidad procesal sino que del art. 225.3 LEC se deriva que es preciso, además, perjuicio (indefensión) y no entendemos el perjuicio que le podría haber deparado al recurrente la ausencia de información sobre el régimen de recursos cuando se trataba de una información que podemos presumir que tenía la parte, que dispuso en todo momento de defensa técnica, para la que no resultaba difícil conocer el recurso procedente.** A ello hay que añadir que no conocemos razón alguna que permita pensar que el recurso de reposición, caso de haber sido interpuesto, hubiera tenido éxito, particularmente cuando la parte tuvo la ocasión de explicar sus razones durante la propia vista y el juzgado mercantil justificó adecuadamente por qué no estimaba procedente la suspensión en la propia sentencia recurrida.

CUARTO. 8. El tercer motivo del recurso denuncia error en la valoración de la prueba respecto a los hechos e indicios que han llevado a la resolución recurrida a estimar que concurren en el Sr. C.F.G. los caracteres propios de la figura del administrador de hecho. En opinión de la recurrente, no existen datos que permitan sostener la idea de que la relación del Sr. C.F.G. con la concursada vaya más allá de la simple relación de asesoramiento y asistencia. Pero niega que existan razones que permitan pensar que existía un grupo de empresas y que el Sr. C.F.G. fuera el gestor de todas ellas.

9. La resolución recurrida consideró que el recurrente Sr. C.F.G. ostentaba la condición de administrador de hecho de la concursada desde su constitución. Funda su apreciación en los siguientes indicios:

- a) El hecho de que el administrador de derecho, el Sr. A.F.O., se hubiera desentendido completamente de la gestión social, hasta el extremo de resultar completamente desconocido para los empleados de las entidades bancarias con las cuales trabajaba la concursada y con los que hubo de negociar financiación.
- b) El hecho de que el Sr. C.A.T., que ostentaba el cargo de administrador de derecho desde un mes antes de la solicitud del concurso, únicamente había desempeñado funciones de mero apoderado de la concursada, tales como asistir a representarla en los otorgamientos de escrituras públicas.
- c) Las manifestaciones del Sr. A. respecto a que era el Sr. C.F.G. quien tomaba las decisiones de gestión, manifestaciones que ratifican otros dependientes, tales como los arquitectos externos Sres. F. y S., que le señalan como quien daba todas las instrucciones, esto es, como el "jefe". Y también las manifestaciones del propio Sr. A., que afirmó que sus participaciones en la concursada le fueron cedidas gratuitamente por el Sr. C.F.G..
- d) Las manifestaciones de los distintos empleados de las entidades financieras con las que la concursada negoció financiación, que le señalan como la persona que tomaba las decisiones en la empresa, haciéndolo incluso en las mismas reuniones que mantenía con ellos.

10. El recurso cuestiona la valoración probatoria realizada y sostiene que esos datos no son suficientes para fundar la apreciación de que el Sr. C.F.G. fuera el administrador de hecho porque no queda acreditada la autonomía de decisión que caracteriza a esta figura. Las diversas testificales no van más allá de acreditar que el recurrente prestara servicios para la concursada, lo que justifica las facturas por importe de 1.159.897,13 euros que la propia resolución ha considerado, también de forma injustificada, como salidas fraudulentas del patrimonio de la concursada, cuando no son otra cosa que contraprestación por los servicios prestados por parte del Sr. C.F.G.

11. La Ley no define lo que deba entenderse por administrador de hecho, ni qué condiciones o circunstancias deben darse para otorgar tal calificación a la persona que realiza funciones gestoras en o para la sociedad, así como de representación frente a terceros.

Con carácter amplio, administrador de hecho será quien ejerce efectivamente el cargo al margen de un formal y válido nombramiento, y dentro de esta categoría conceptual podemos encontrar diversos supuestos (señalamos los más frecuentes y prescindimos de otros más complejos):

- a) El que tradicionalmente ha venido siendo considerado: el administrador con cargo caducado que sigue ejerciendo el cargo, mientras no sea proveída su cobertura por la junta general.

- b) El del administrador cuyo formal nombramiento es posteriormente declarado nulo.
- c) La persona que ejerce efectivamente las funciones de administrador en cualquier supuesto de vacancia del órgano (por ejemplo, cuando el administrador de derecho ha fallecido).
- d) El llamado *administrador oculto*: la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual *de facto* se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos.

12. Como hemos razonado en anteriores resoluciones, las notas definitorias del administrador de hecho deben ser las siguientes:

- a) El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.
- b) Debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad.
- c) Y cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, lo que permite excluir de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.

13. La STS de 8 de febrero de 2008, al abordar esta materia, aporta importantes precisiones: la condición de administrador de hecho no abarca, *en principio*, a los apoderados (SSTS 7 junio 1999, 30 julio 2001), siempre que actúen regularmente *“por mandato de los administradores o como gestores de éstos”*, pues *“la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador”* sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Añade que cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (SSTS 26 de mayo 1998, 7 mayo 2007) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte *“un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes”*, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (SSTS 23 marzo 2006).

14. En el supuesto que consideramos, creemos que está perfectamente justificada la atribución al Sr. C.F.G. de la condición de administrador de hecho como administrador oculto de la sociedad. Y los indicios que la resolución recurrida ha tomado en consideración son suficientes para apoyar esa conclusión. En su mayor parte, esos indicios ni siquiera aparecen cuestionados en el recurso. Así:

- a) No se ha cuestionado que el administrador de derecho, el Sr. A.F.G., durante la mayor parte del periodo relevante no se ocupaba materialmente del desempeño del cargo, hasta el extremo de que resultaba desconocido para los propios empleados de la concursada y para las entidades financieras. Por consiguiente, si él no lo hacía alguien lo debía hacer. No se indica en el recurso quien podía asumir esa función, a pesar de que el recurrente estaba en una inmejorable posición para conocerlo, caso de que fuera una persona distinta a sí mismo.
- b) Tampoco cuestiona el recurso la apreciación a la que llega la resolución recurrida respecto a que no era el Sr. A. quien supliría la falta de dedicación del administrador de derecho y ejerciera el cargo de administrador de hecho antes de haber sido nombrado administrador de derecho, esto es, un mes antes de solicitar el concurso.
- c) Por consiguiente, dado que el recurso no aclara quién adoptaba las decisiones de gestión que corresponden al administrador y que el único sobre el que existen indicios de que lo hiciera es el

Sr. C.F.G., es razonable la conclusión que la resolución recurrida alcanza de atribuirle la condición de administrador de hecho.

Por otra parte, no creemos que exista error alguno al valorar la prueba testifical. **Todos los testigos que depusieron, empleados de entidades financieras con las cuales negoció el Sr. C.F.G. en nombre de la concursada, afirmaron que el mismo adoptaba decisiones sin necesidad de tenerlas que consultar con terceros.** Y, aunque hubieran existido esos terceros, nadie está en mejores condiciones que el propio recurrente para facilitar su identidad. Si no lo ha hecho es porque, deducimos, no existen.

15. Por último, a todo ello hay que añadir que el Sr. C.F.G. no compareció al acto de la vista, impidiendo con ello que pudiera llevarse a efecto la prueba de interrogatorio de la parte. Tal y como expresa la resolución recurrida, en valoración que aceptamos, ello permite al tribunal, como autoriza el art. 304 LEC, a tener por reconocidos los hechos esenciales que permiten establecer su carácter de administrador de hecho, dado que se trata de hechos en los que tuvo intervención personal.

16. Frente a ello lo que afirma el recurrente es poco convincente. Pretende justificar sus actos como meros actos de intermediación y asesoramiento a favor de la concursada. **Un asesor no decide y la prueba practicada indica que el Sr. C.F.G. era quien tomaba las decisiones de gestión sin necesidad de tenerlas que consultar con nadie más. Es, por consiguiente, un verdadero administrador, no un simple asesor.**

17. Resulta irrelevante al efecto si la concursada y las demás sociedades que gestionaba el Sr. C.F.G. forman un grupo de sociedades a los efectos establecidos en el art. 42 del Código de Comercio o bien a efectos concursales. Lo relevante, y esto es lo único que la resolución recurrida ha tomado en consideración, es que ha resultado acreditado que el Sr. C.F.G. actuaba ante las entidades financieras negociando condiciones de financiación como el gestor de una serie de empresas respecto de las cuales adoptaba decisiones.

QUINTO. 18. El último motivo del recurso imputa a la resolución recurrida falta de motivación respecto de la fijación de la responsabilidad civil del Sr. C.F.G. y solicita su nulidad.

19. Como dispone la **STS de 20 de junio de 2012** (Roj: STS 4589/2012), que reitera criterios ya expresados en otras anteriores, **la imputación a los administradores sociales de la responsabilidad establecida en el art. 172.3 LC (actual art. 172-bis) debe ser debidamente justificada expresando los criterios de imputación.** Con ello lo que quiere afirmar el TS es que, **si bien se trata de una responsabilidad subsidiaria a la declaración como culpable del concurso, no se trata de una responsabilidad automática, esto es, de una simple sanción legal derivada de la culpabilidad sino que debe justificarse debidamente, expresando los criterios que la justifican.**

20. El juzgado mercantil se ha hecho eco de la **doctrina jurisprudencial más reciente respecto de la correcta interpretación del art. 172.3 LC** y, haciendo aplicación de la misma, **distingue en dos apartados la imputación de responsabilidades pecuniarias** que efectúa a los administradores concursales, entre ellos el recurrente: (i) de una parte, 1.159.897,13 euros en concepto de **salidas fraudulentas**, cantidad que corresponde al pago de diversas facturas correspondientes a gastos por intermediaciones y servicios profesionales a sociedades vinculadas a la concursada, gastos que la AC consideró no justificados; (ii) de otra, la cantidad de 2.347.003,46 euros correspondientes a las **pérdidas acumuladas durante los 4 meses de demora en la solicitud del concurso.**

21. La **Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011** afirma que **habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable.** El juzgado mercantil ha sido respetuoso con ello y ha puesto en relación la responsabilidad con las causas de culpabilidad. Para enjuiciar su actuación es preciso partir de las **causas de culpabilidad apreciadas, que el recurso no discute;** son las siguientes:

a) **Irregularidades contables graves (art. 164.2.1 LC)**, derivadas de: (i) la **indebida contabilización de ingresos** por 9.742.720,95 euros derivados de 8 operaciones de promesa de compra (realizadas con sociedades vinculadas) que se contabilizaron como ingreso neto durante el ejercicio 2007. Durante 2008 se resolvieron y emitieron facturas rectificativas; (ii) **la simulación de otras operaciones** durante el ejercicio 2007 por importe de 55.028.133,09 euros también con sociedades vinculadas. **El resultado de las mismas es que al cierre del ejercicio 2007 la contabilidad no reflejara la imagen fiel de la sociedad pues se habían contabilizado saldos en la cuenta de clientes que no se correspondían con activos reales.**

A ello debe añadirse la **falta de aprovisionamiento de las participaciones sociales** de CIPSA, por importe de otros 8.105.000 euros, **que carecían de valor contable**, sin que de ello se dejara reflejo en la contabilidad.

El resultado de esas irregularidades es, se afirma en la resolución recurrida acogiendo el criterio de la AC, que la sociedad debió haber declarado en el ejercicio 2007 pérdidas por valor de 16.969.343,12 euros, en lugar de beneficios por 3.369.639,95 euros.

b) **Salidas fraudulentas de bienes del patrimonio de la concursada (164.2.5.º LC)**, que se materializaron en la cantidad de 1.159.897,13 euros pagados en concepto de **servicios profesionales y gastos por intermediaciones, que no se han justificado.**

c) **Demora en la solicitud del concurso de 4 meses** (entre 20 de julio y 21 de noviembre de 2008).

22. No cuestionada la causa de culpabilidad del art. 164.2.5.º LC, no resulta fácil poder cuestionar la condena del administrador al pago de la cantidad que la justifica. Por otra parte, la conclusión de la AC de que esos pagos corresponden a servicios no justificados solo puede ser combatida **acreditando su justificación, y no basta para ello con las genéricas alegaciones** que hace el recurso cuando afirma **que son contraprestación por los servicios de asesoramiento prestados por el Sr. C.F.G.** Ya hemos adelantado las razones por las que consideramos que el recurrente no es un asesor externo sino el verdadero administrador de la sociedad y **el pago de una cantidad tan significativa no podemos entender que pueda corresponder a servicios de intermediación y asesoramiento** cuando no se explica en qué consistieron los mismos, más allá de atribuir esa condición a la intervención del Sr. C.F.G. para conseguir la financiación bancaria necesaria para la continuidad de la sociedad. El extraordinario importe que se quiere atribuir a esos servicios, particularmente si se considera el entorno de crisis por el que pasaba la sociedad, nos impide poder atribuirle esa condición.

En suma, en este punto, consideramos que **está debidamente justificada la atribución de la responsabilidad por parte de la resolución recurrida.**

23. Algunas dudas más genera la imputación de la cantidad de 2.347.003,46 euros, que la resolución recurrida justifica haciendo referencia a otra causa por la que el concurso ha sido declarado culpable: la demora en la solicitud de 4 meses. Y decimos que nos genera dudas que esta justificación sea suficiente porque la propia resolución recurrida afirma que **no consta que la concursada hubiera contraído nuevas obligaciones durante ese periodo, ni tampoco que se haya privilegiado a unos acreedores sobre otros.** En suma, podemos concluir, como afirma el recurso, que la resolución recurrida se ha limitado a tomar la cifra de **6.122.955,73 euros que corresponde a las pérdidas acumuladas durante el ejercicio 2008 e imputar a la responsabilidad por déficit patrimonial de los administradores la proporcionalmente correspondiente al periodo de demora, esto es, un tercio.**

24. Coincidimos con el recurrente que ésa no parece la mejor forma de justificar la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial. No obstante, pese a ello, no podemos concluir que no resulte motivación suficiente, a la vista de todos los demás datos que la propia resolución recurrida ofrece, como para considerar que concurre el vicio procesal de falta de motivación que el recurso denuncia. Podrá no compartirse la motivación, esto es, no ser la forma más adecuada de motivar la imputación de esta responsabilidad, pero ello no es razón suficiente para concluir que existe el vicio procesal de falta de motivación al que el recurso se refiere.

25. Por otra parte, caso de existir realmente el vicio denunciado, tampoco compartimos con el recurrente que la consecuencia sea la nulidad de las actuaciones y su reenvío al juzgado mercantil para que lo subsane, porque ello es contrario al diseño legal de nuestro recurso de apelación. El art. 465.3

LEC determina que la consecuencia de que se aprecien durante la segunda instancia vicios “*in iudicando*” es que el tribunal de apelación entre a conocer en el fondo, esto es, la subsanación. No consideramos que exista el vicio invocado pero sí que la justificación es mejorable, razón por la que a continuación hacemos algunas consideraciones adicionales.

26. No le falta razón al recurrente cuando afirma que **más razonable que acudir a una simple regla de tres para imputar la pérdida de todo el periodo del año 2008 transcurrido a los 4 meses de demora era acudir a otros criterios, tales como: (i) la diferencia entre las concretas pérdidas y ganancias del propio periodo**, lo que hubiera llevado a fijar la cantidad imputable en 1.716.029 euros, en lugar de los 2.347.003,46 euros; **(ii) o bien el importe de gastos financieros de las deudas con terceros**, que arroja la cifra de 791.926,6 euros; **o (iii) la cifra total de gastos financieros**, que asciende a la cantidad de 1.379.757 euros. Efectivamente, estamos de acuerdo en que cualquiera de esos criterios habrían justificado mejor que el acogido por la resolución recurrida el importe del déficit patrimonial que resultaba imputable a los administradores concursales, caso de seguir estrictamente el criterio de imputación que acoge la resolución recurrida.

27. No obstante, como el propio recurso pone de manifiesto, **lo que caracteriza la responsabilidad del art. 172.3 LC (actual 172-bis), es que su justificación no responde a criterios cerrados (como la responsabilidad por daños) sino a criterios abiertos (criterios de imputación que resulten de las causas por las que el concurso se ha declarado culpable)**. Lo que con ello queremos decir es que **no existe únicamente una forma de justificarla adecuadamente sino una pluralidad de métodos de justificación asimismo válidos**. La resolución recurrida ha adoptado uno que es probable que no sea el mejor, pero ello no lo descalifica. Parte de la consideración de las partidas que incrementaron el pasivo de la concursada durante todo el año 2008 y fija en 6.122.955,73 euros las pérdidas del ejercicio, para a continuación imputar al retraso la cantidad de 2.347.003,46 euros.

Los que propone el recurso son probablemente más adecuados, y sobretodo más beneficiosos para los intereses del recurrente. No obstante, tampoco nos podemos sustraer al hecho de que tampoco esos métodos de cómputo sean realmente los más adecuados cuando del informe de la AC resultan los siguientes hechos:

- a) La concursada registró unas pérdidas contables durante el ejercicio 2008 de 40.096.629 euros, que en su mayor parte se localizan entre los meses de junio y noviembre, esto es, el periodo relevante.
- b) La deuda de diversas entidades bancarias procedente de efectos descontados de forma irregular, porque correspondían a operaciones simuladas realizadas durante el año 2007, por entidades financieras suponían 4.044.638,74 euros.

28. **No podemos desconocer que entre las causas que la resolución recurrida ha tomado en consideración para declarar culpable el concurso se encuentran las irregularidades contables cometidas por la sociedad, esto es, por su órgano de administración, al formular sus cuentas de 2007, irregularidades que revestían tal gravedad que determinaban que no pudiera considerarse que las cuentas arrojaran la imagen fiel del patrimonio de la sociedad**. Y, aunque las **irregularidades contables** son por sí mismas inocuas desde la perspectiva de la generación o agravamiento de la insolvencia, no lo son desde la **perspectiva de la prueba de a quien es imputable el déficit patrimonial**, que es lo que estamos determinando. Y, en el caso que consideramos, esas irregularidades son de tal entidad que debemos presumir que impiden conocer en qué medida el déficit es imputable a los actos de los administradores o bien a la suerte (adversa o favorable de los negocios).

En suma, lo que queremos decir es que **en la apreciación de esa causa de culpabilidad del concurso se encuentra implícita la presunción de que todo el déficit patrimonial acumulado es imputable a los actos de los administradores sociales**.

29. Ésa es razón suficiente para que **todo el déficit pudiera ser atribuido a los administradores en un caso como éste en el que los administradores no han acreditado que todo o parte de ese déficit resulte imputable a actos independientes de su decisión de no instar el concurso en el momento en el que advirtieron o debieron haber advertido la situación de inviabilidad de la empresa**. En lugar de ello, lo que ha resultado acreditado es que acudieron a irregularidades contables con las que intentaron crear una ficticia apariencia de viabilidad que permitió que la concursada siguiera pudiendo

disfrutar de una financiación que en otro caso podemos presumir que no habría tenido. Con ello **debemos considerar que los administradores asumieron personalmente el riesgo que en una situación de normalidad hubiera sido un riesgo de empresa, que hubiera pesado sobre los acreedores.**

30. Resulta evidente, de lo expuesto con anterioridad, que **la responsabilidad atribuida al recurrente por la resolución recurrida es muy inferior a la que podría haberle asignado.** Ello debe conducir a desestimar el recurso.

SEXTO. 31. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 241/2013, de **10 de Junio de 2013.**

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: La **responsabilidad del administrador concursal** prevista en el artículo 172 bis LC, se trata de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad.

El **criterio de imputación** conforme al cual se debe atribuir la responsabilidad al administrador, parte de las reglas propias de la imputación objetiva, con el fin de establecer una conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales

La **cuantía de la condena** del administrador se calcula según la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso. Así, el administrador concursal responde en esos casos, de aquella parte del déficit concursal en que se cuantifique el importe de los créditos no atendidos, generados después de la declaración del concurso.

Notas: Referencia a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS de 6 de octubre de 2011 y STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia del juzgado, a partir de los informes de calificación de la administración concursal (AC) y del Ministerio fiscal, califica el concurso de AV. VIAT., S.L. como culpable. El Sr. magistrado concluye que se dan los siguientes supuestos previstos por la Ley concursal (LC):

1. Demora en la solicitud de concurso (artículo 165.1 LC).
2. Manipulación contable (artículo 164.2.1º LC).
3. Alzamiento de bienes (artículo 164.2.4º LC).

La sentencia condena al administrador de la concursada, don F.V.C., en los términos que se ha transcrito en los antecedentes de hecho. La sociedad deudora y el administrador apelan contra la sentencia del juzgado.

El recurso de apelación, por su sistemática y su contenido, más parece una oposición al informe de calificación de la AC que una impugnación de la sentencia, puesto que no se centra en las conductas tomadas por el juez como base de la calificación, sino en las invocadas por la AC, algunas de las cuales han sido desestimadas explícitamente en la sentencia de la primera instancia. Por lo que atañe, en concreto, al incumplimiento del deber de colaboración con la AC y el órgano judicial (artículo 165.2 LC), la sentencia expone que lo invocan tanto la AC como el Ministerio fiscal. Sin embargo, tras descartar que la

causa pueda tenerse en cuenta, atendidos los términos en que la formula la AC, sin relacionarla con la agravación de la insolvencia, la sentencia no vuelve a referirse a ella, por lo que no podemos entender que la haya acogido para fundamentar el fallo.

Por razones de congruencia y de sistemática, revisaremos –atendiendo a las alegaciones del recurso-, las causas de concurso culpable apreciadas por el juez mercantil, en el orden en que las hemos relacionado, que es el seguido en la sentencia impugnada.

2. ***Sobre el incumplimiento del deber de solicitar concurso (artículo 165.1 de la Ley concursal)***

El artículo 165.1º LC 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 hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

El artículo 5.1 LC establece: *"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."*

El juez, en el fundamento de derecho 6 de la sentencia, señala que **la persona afectada por la calificación y la concursada admiten la demora en la solicitud, atendido lo cual, entiende que opera la presunción de dolo y culpa desde mediados de 2008**, máxime cuando el administrador admite que él lo demandaba y fueron sus asesores quienes calificaban la solicitud de innecesaria y cara. Se ha fijado como fecha de la insolvencia el 31 de diciembre de 2008. El concurso debió solicitarse como muy tarde el 1 de marzo de 2009 y se declaró como necesario el 22 de octubre de 2009.

En este apartado, el recurso de apelación alega que el administrador Sr. F.V.C. no es quien ejercía de hecho la administración de la sociedad, sino que lo hacían su hijo y la esposa de éste. A la alegación debe responderse, en primer lugar, lo ya razonado en la sentencia del juzgado (fundamento de derecho 9), y no desvirtuado en esta instancia, sobre la falta de alegación y de acreditación en el caso de los caracteres que definen la figura del administrador de hecho (ejercicio de funciones directivas, autonomía y habitualidad o permanencia en el ejercicio). **Aun si se estimase probada esa administración de hecho por terceros, no tendría ninguna relevancia ni respecto de la deudora declarada en concurso culpable ni respecto de quien consta en el Registro mercantil como administrador de derecho y que, como tal, asume ante la sociedad y los terceros los deberes propios del administrador en el ejercicio de su cargo.** Conforme al artículo 61 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL) –aplicable al tiempo de los hechos-, los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Ello, sin perjuicio de las acciones que, en la esfera interna, los apelantes estimen procedentes.

3. Los recurrentes reprochan también al juez que haya concretado la fecha de la insolvencia de la concursada cuando no la fijaron ni la AC ni el Ministerio fiscal. Es cierto que esa indefinición podría haber generado indefensión a la parte, pero no ha ocurrido en el caso de autos, ya que, como precisa la sentencia, **el propio administrador de la concursada ha admitido el retraso en la solicitud.**

En el escrito de oposición a la calificación presentado el 11 de febrero de 2011, se admite abiertamente que es cierto el *"incumplimiento del deber de solicitar el concurso en plazo. Los incumplimientos para con la AEAT y la TGSS revelan que la situación de insolvencia se había producido a lo largo de 2008". "El legal representant de l'empresa volia procedir al seu tancament molt abans del que succeís. De fet ja en el 2008 demanava la "suspensió de pagaments" [...] Malgrat l'anterior, les persones que gestionaven l'empresa i els assessors deien que era una mesura molt cara i que encara no era necessària"* (f. 434 de las actuaciones, texto literal).

4. Por último, en el motivo de apelación se niega que el retraso en la solicitud de concurso agravara el estado de insolvencia de la sociedad.

Es cierto que, como afirman los recurrentes, la AC no lo alega. La propia sentencia lo pone de relieve. Sin embargo, **la agravación de la insolvencia la afirma expresamente el Ministerio fiscal, según cuyo informe, se habría producido un crecimiento desmesurado de la dimensión de la empresa, sustituyendo a proveedores que no se pagaba por nuevos proveedores, a los que se deja de pagar con posterioridad.** El juez toma en consideración que las personas afectadas no niegan el hecho y concluye que **la generación de nuevos pasivos constituye un indicio de la agravación de la insolvencia no desvirtuado por quien tenía a su disposición los medios probatorios.**

Nada distinto podemos afirmar en esta segunda instancia. En el recurso se niega la existencia de prueba o dato del que se desprenda esa generación de pasivos. Para descartar esta versión basta acudir de nuevo al escrito de oposición a la calificación, en el que explícitamente se admite el hecho (f. 430 y 431). Se dice que *"la mercantil substitueix a proveïdors als que no es paguen per nous proveïdors als quals posteriorment es deixen també de pagar"*. Según el concursado, los gestores no tenían intención de incumplir, *"simplement intentaven continuar amb la seva activitat professional. Així doncs, davant la impossibilitat d'aconseguir comprar a crèdit amb els proveïdors habituals es van haver de buscar altres proveïdors per continuar prestant serveis [...] l'única manera que tenien d'aconseguir diners era treballant."*

Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación, en relación con la causa del artículo 165.1 LC.

5. ***Sobre la manipulación contable (artículo 164.2.1º de la Ley concursal)***

El Sr. magistrado se refiere al tercer hecho de la propuesta de calificación: **manipulación contable, consistente en que se incluyen operaciones con empresas del grupo y personas relacionadas, sin soporte documental, hechos que, junto a la falta de legalización de los libros en el ejercicio 2007 y posteriores, impiden conocer tanto la situación patrimonial de la sociedad como su evolución en esa área.**

La propuesta y la sentencia lo incardinan en el artículo 164.2.1º LC: *"En todo caso, el concurso se calificará como culpable [...] cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara."*

De la larga frase del juez, que encadena múltiples proposiciones en detrimento de la claridad, extraemos: i) que el **informe incluye también la existencia de operaciones pendientes de aplicación por importes superiores a 100.000 euros, no justificados**; ii) que la propuesta de calificación debe prosperar aunque no sea todo lo definida y concreta que sería deseable, y iii) que la razón de la estimación se halla también en las manifestaciones del administrador de la concursada en su escrito de oposición: solamente alega la externalización del servicio que estaría, según dice, muy lejos de ser "inmaculado" y que constituiría una "mala praxis" y admite que **no se han justificado las partidas pendientes de aplicación por importe tan significativo.**

Las alegaciones del recurso no entran en el núcleo de la motivación del juez ni la desvirtúan. El escrito de oposición, efectivamente, **aceptó la existencia en la contabilidad de la partida pendiente de aplicación por cuantía superior a 100.000 euros, sin justificación, y se limitó a excusar la actuación imputada por el hecho de que se externalizaron las tareas de contabilidad** (f. 432 y 433). Ello es suficiente para desestimar la alegación. Entendemos que se cumple el tipo del artículo 164.2.1º que obliga a calificar el concurso como culpable.

6. ***Sobre el alzamiento de bienes (artículo 164.2.4º de la Ley concursal)***

La última causa de concurso culpable apreciada por el juez es el alzamiento de bienes previsto en el artículo 164.2.4º LC. Considera acreditado que, el 23 de octubre de 2009, **fueron transmitidos dos vehículos de la concursada a don J.M.V.G., hijo del administrador de la sociedad, sin documentarlo en la contabilidad ni percibir el precio.** Según la documentación de autos, se trata de un turismo Mercedes Benz SLK Kompressor, matrícula CZW, y un turismo Audi 4, matrícula BVK (ff. 549 y ss.).

El hecho no es negado en ninguna de las dos instancias. El error de la sentencia, al indicar que el Sr. J.V.C. era socio de la entidad deudora, no es relevante a los efectos de la calificación. Como el juez razona, tampoco es relevante a estos efectos que la concursada y el adquirente del vehículo conocieran o no que se había solicitado el concurso. Sí lo es que conocieran o se representaran la insolvencia y tuvieran voluntad de poner los bienes a salvo del concurso o de las acciones de los acreedores. Así debe concluirse, **atendida la vinculación personal y la proximidad a la fecha de declaración del concurso, sin que se aporte en esta segunda instancia ningún dato nuevo que permita una valoración distinta.**

No se trata de la salida fraudulenta de bienes prevista en el artículo 164.2.5º (*Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos*), sino del alzamiento del artículo 164.2.4º (*Cuando el deudor se hubiera*

alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación), cuyos presupuestos, tal como se ha razonado, concurren en el caso.

En consecuencia, el motivo debe desestimarse y, por las razones expuestas, debe confirmarse la calificación del concurso de AV. VIAT., S.L. como culpable.

7. La responsabilidad del administrador ex artículo 172.3 LC

El recurso cuestiona la condena del administrador de AV. VIAT., S.L., Sr. F.V.C., en primer lugar, por no ser él quien administraba de hecho la sociedad. Al respecto, nos remitimos a lo ya dicho en el fundamento de derecho 2. Por lo que atañe a la ausencia de condena de las personas contra las que la AC y el Ministerio fiscal consideraron administradores de hecho, don J.M.V.G. y doña S. R. A., su responsabilidad en aplicación del artículo 172.3 LC (hoy artículo 172 bis) no puede examinarse en esta instancia, ya que el pronunciamiento absolutorio no ha sido objeto de impugnación.

El juez determina como importe de la condena de don F.V.C. el de los créditos generados después del 1 de marzo de 2009 que no hubieran sido atendidos.

Don F.V.C. alega: i) que no se ha acreditado la agravación de la insolvencia como consecuencia de la no presentación del concurso; ii) que no se ha acreditado la existencia de culpa o dolo en la agravación de la insolvencia y iii) que no se ha acreditado el déficit patrimonial generado en el período de demora.

i) Sobre la agravación de la insolvencia como consecuencia de no presentar el concurso -requisito necesario en el tipo del artículo 165.1 LC, no en los restantes concurrentes, del artículo 164.2.1º y 4º-, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento de derecho 4.

ii) La culpa grave o dolo en la agravación de la insolvencia –exigible solo en el tipo del artículo 165.1 LC- la presume el propio artículo 165.1 LC, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso. Éste es el caso, por las razones antes expuestas, sin que en ninguna de las dos instancias hayan sido aportados datos que permitan desvirtuar la presunción legal.

iii) El juez señala, efectivamente, que nadie se ha tomado la molestia de calcular el déficit patrimonial generado en el período de demora. La afirmación vale para la AC, que afirma que “el importe de los daños es de imposible determinación, ya que ha existido ocultación de documentación y la contabilidad no refleja la realidad, pero la cifra que figura como deuda a los acreedores en el informe definitivo, sin incluir el importe de los dos vehículos que deben reintegrarse a la masa, asciende a la cantidad de 3.972.423,76 euros”. Pero también vale para la concursada y el administrador apelante, que no establecen ninguna cifra ni del déficit total –se entiende que es el fijado por la AC- ni del correspondiente al período posterior a 1 de marzo de 2009.

8. La alegación del recurso aconseja exponer algunas consideraciones sobre la **naturaleza de la responsabilidad del administrador concursal prevista en el artículo 172.3 LC** (ahora y tras la reforma por la Ley 38/2011, en el artículo 172 bis LC). La sentencia de esta sección de 23 de abril de 2012 recapitulaba sobre la cuestión. A partir de las **Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre y 17 de noviembre de 2011** (y las anteriores de 23 de febrero y 12 de septiembre de 2011), habíamos entendido que **no estábamos ante una acción de naturaleza resarcitoria o indemnizatoria, es decir, una acción de daños por culpa, porque cuando la doctrina jurisprudencial citada se refiere a su función resarcitoria no se refiere al daño directo sino a algo distinto, el “daño que indirectamente fue causado a los acreedores”**. Por consiguiente, decíamos, si lo que se debe tomar en consideración a los efectos de determinar la condena del administrador no es el daño directo sino el indirecto, como el TS afirma, podría decirse que ello equivale a que no debe exigirse la prueba, ni siquiera la existencia, de nexo causal entre el importe de la condena y el hecho determinante de la declaración culpable del concurso. Entendíamos que el TS había querido afirmar que **no es que se trate de una responsabilidad por daños** (que exigiría la prueba de la culpa y del nexo causal entre los hechos determinantes de la declaración de concurso culpable y la concreta cantidad por la que se ha producido el agravamiento o generación de la insolvencia), **sino de una responsabilidad por deudas, por el déficit o descubierto generado en la sociedad**. Sólo así se podía explicar que la STS de 6 de octubre, la más significativa de todos aquellos antecedentes jurisprudenciales, no hubiera estimado el recurso en un supuesto en el que resultaba evidente que no existía o no estaba acreditado el nexo causal

entre la conducta imputada (irregularidades contables) y la insolvencia, pese a lo cual resultó condenado al administrador al pago del descubierto o déficit.

En la misma dirección interpretábamos la reforma operada por la Ley 38/2011 –con retroactividad meramente interpretativa, que la jurisprudencia admite. Considerábamos que las **referencias expresas al “déficit” concursal en el actual artículo 172 bis reforzaban la idea de que se trata de una responsabilidad por deudas, por descubierto o déficit**, similar a otras instituciones acogidas mucho tiempo antes por ordenamientos concursales de países de nuestro entorno (las acciones de complemento del pasivo de Francia -Ley de 25 de enero de 1985- y el Reino Unido -Insolvency Act de 1986-), que no son normas de responsabilidad por daños sino **exclusivamente normas de imputación de la responsabilidad por descubierto o déficit patrimonial**. Del texto del artículo 172 bis.1.º II “el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura” extraíamos que para determinar la responsabilidad no se debe atender al daño o agravamiento de la insolvencia producido sino meramente a los hechos declarados probados, lo que es indicativo de que el criterio legal es mucho más abierto que el propio de la responsabilidad por daños.

Sobre el **criterio de imputación conforme al cual se debía atribuir al administrador**, en todo o en parte, el descubierto o déficit patrimonial, teníamos en cuenta la **STS de 6 de octubre de 2011**, conforme a la cual, **habrá que atender a los criterios normativos de cada uno de los tipos de culpabilidad y a los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores que guarden relación con la actuación determinante de la calificación del concurso como culpable**. Concluíamos que estamos ante una **norma sobre atribución del riesgo de insolvencia, que deja de pesar sobre los acreedores y pasa a recaer sobre el administrador de la sociedad cuando incurre en las conductas que permiten considerar culpable el concurso**, norma de la misma naturaleza que la de responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 de la Ley de sociedades anónimas (105.5 de la LSRL y actual artículo 367 de la Ley de sociedades de capital).

En la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2012 se decía que “como tal norma de imputación de los riesgos, el artículo 172.3 LC (actual artículo 172 bis) debe ser aplicado siguiendo las **reglas propias de la imputación objetiva**, lo que significa tanto como establecer una **conexión legal de imputación objetiva entre el comportamiento determinante de la calificación culpable y el impago de las deudas sociales**, que es sin duda lo que ha querido afirmar el TS en su Sentencia de 6 de octubre de 2011. Y esa **conexión se puede romper mediante la constatación de hechos que permitan establecer criterios de exclusión de la imputación objetiva reduciendo e incluso excluyendo la responsabilidad de los administradores sociales**. Eso es lo que probablemente se haya querido decir al afirmar el párrafo tercero del nuevo art. 172 -bis.1 que la sentencia “deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.

9. La posterior **STS de 16 de julio de 2012** vino a confirmar que “no se trata, en consecuencia, de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino un **supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador** -antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, no se requería que, además tuviesen la de “persona afectada”-; **que el concurso fuese calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal”**.

“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador”.

Sobre la **cuantía de la condena del administrador**, la **STS de 16 de julio de 2012** declara: “Como hemos indicado, la norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal”. Observa que la norma no fija ningún criterio para cuantificar la parte de la deuda que debe ser cubierta, por lo que “si bien no cabe descartar de forma

apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la **gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso** y remite a los criterios de valoración expresados en las STS de 6 de octubre de 2011, reiterados en la de 17 noviembre de 2011, es decir, los distintos **elementos subjetivos y objetivo del comportamiento del administrador en relación con la actuación que determinó la calificación del concurso como culpable**.

10. Traídas las anteriores consideraciones al caso en examen, debemos puntualizar que, como en la sentencia de este tribunal de 23 de abril de 2013, "no se trata de enjuiciar en qué medida esa cantidad de descubierto es consecuencia directa de la decisión del administrador de demorar la solicitud del concurso, como sería procedente si la concibiéramos como una acción de daños. De lo que se trata es de **determinar en qué medida es imputable al administrador el descubierto o déficit originado en el patrimonio de la concursada**". "Es cierto que para hacer este juicio de imputación no son indiferentes los **hechos que han determinado la calificación**, si bien a estos efectos no se toman en consideración como hechos originadores de un concreto daño (en forma de agravamiento de la insolvencia) sino exclusivamente como **un parámetro más que permita hacer correctamente el juicio de imputación del déficit o descubierto**. Y será un **parámetro todo lo relevante que en cada caso se estime adecuado, atendidas la totalidad de las conductas que han justificado la calificación culpable del concurso**, pero no el único factor determinante que se pueda tomar en consideración, como ocurriría en el caso de hacer el enjuiciamiento desde la perspectiva de una acción de daños".

En los términos en que se plantea la controversia en esta segunda instancia, atendidas las circunstancias del caso ya examinadas, este tribunal no considera inadecuado el criterio utilizado por el juzgado, que **hace responder al administrador de la concursada, no del total del déficit acreditado (3.972.423,76 euros), sino solamente de aquella parte en que se cuantifique, en ejecución de sentencia, el importe de los créditos no atendidos, generados después del 1 de marzo de 2009**. En consecuencia, debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia del juzgado.

11. La desestimación del recurso determina que se impongan las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 246/2013, de 11 de Junio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: **Distorsionar la contabilidad** (contabilizar facturas no reales u ocultar pérdidas) de manera intencionada para mostrar una situación patrimonial ficticia y financiera distorsionada durante varios ejercicios, es causa suficiente para presumir **culpabilidad en el concurso** sin necesidad de requisitos asociados o adicionales, de conformidad con el art 164.2.1º LC.

Por otro lado, conforme a la **demora en la solicitud del concurso**, de acuerdo con el art. 165.1º LC, el hecho de sobreeser el pago de las cuotas a la TGSS y las obligaciones tributarias, así como abrir un ERE y no abonar pagas extraordinarias son datos suficientes para revelar la situación de insolvencia de la concursada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada declaró culpable el concurso de CON. MEC., S.L. por concurrir las dos causas legales invocadas por la administración concursal (AC):

- a) La existencia de irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada, de conformidad con el art. 164.2.1º LC; y
- b) la demora en la solicitud del concurso, de acuerdo con el art. 165.1º LC, en relación con el agravamiento de la insolvencia, conforme al art. 164.1 LC.

Declaró persona afectada por la calificación culpable al administrador de derecho Sr. F. T. R., a quien condenó a tres años y medio de inhabilitación y, por aplicación del art. 172.3 LC (actual art. 172 bis), a pagar a los acreedores concursales el déficit concursal hasta un máximo de 757.132,06 €.

El recurso del Sr. F. T. R. se limita a combatir los hechos en los que se funda la calificación culpable.

SEGUNDO. *La calificación de concurso culpable conforme al art. 164.2.1 LC*

2. En su informe de calificación, la AC fundaba la integración del supuesto de hecho que describe el art. 164.2.1º LC en la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la concursada, que fueron puestas de manifiesto en las actuaciones de inspección llevadas a cabo por la Agencia Tributaria (AEAT), que motivaron dos actas de inspección con la conformidad de la concursada formalizadas en fecha 1 de marzo de 2010, relativas al impuesto de sociedades de 2005-2006 y del IVA de los ejercicios 2004 a 2007, dando lugar a una deuda tributaria por importe total de 462.434 €. Las anomalías detectadas son concretamente las siguientes:

- a) La contabilización de gran número de facturas (unas 400) recibidas de proveedores por importes inferiores a 3.000 € que se han incluido en el libro registro de IVA de facturas recibidas, y que la Inspección tributaria considera facturas en realidad inexistentes, que ha generado el propio obligado tributario para reducir las cuotas del impuesto.
- b) La contabilización como inmovilizado de una parte de las deudas de la empresa con la Hacienda Pública originadas por unas actas de inspección extendidas en el año 2002, para mejorar la imagen de la empresa ante las entidades financieras.
- c) La inclusión en el Diario de 2005 y 2006 de un asiento en el que se hacen abonos a cuentas del grupo 6 por grandes importes en cada ejercicio, y que, concluye la Inspección, son simplemente un invento del obligado tributario porque debido a la autoemisión de las facturas indicadas en la letra a) había conseguido obtener las cuotas de IVA que deseaba.
- d) La utilización generalizada del concepto de "partidas pendientes de aplicación" sin que se conozca realmente el contenido de estas cuentas.
- e) Ni siquiera coincide el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias del libro Diario con el saldo de la misma cuenta del libro de inventarios y balances.

La AC identificaba seguidamente concretas incongruencias contables en los libros mecanizados informáticos de los años 2007, 2008, 2009 y 2010, afectantes a traspasos, pagos a cuenta y compensaciones que no se ajustan a la normativa del Plan General Contable, concluyendo que la contabilidad de la concursada no refleja la imagen fiel de su patrimonio, situación financiera y resultados de la empresa.

3. La sentencia valora las anomalías detectadas y considera que tienen, a lo largo de tres ejercicios, una incidencia significativa en la imagen resultante del patrimonio de la sociedad, sin que la concursada, por más que ofreciera explicaciones, haya logrado desvirtuar su relevancia a estos efectos. Concluye que los antecedentes contables referidos revelan que la concursada no dudó en hacer uso de estas irregularidades para ofrecer resultados distorsionados a la AEAT.

4. Sobre esta causa de calificación, tras una serie de manifestaciones genéricas, el recurso alega que la cuestión de las facturas consideradas inexistentes ya fue tratada, resuelta y regularizada por la AEAT, así como los abonos del grupo 6 y la contabilización como inmovilizado de las actas de inspección de 2002.

Respecto de las "partidas pendientes de aplicación", insiste en el hecho de que en la fecha de presentación del concurso no figuraban en la contabilidad, habiendo sido incluidas con posterioridad, cuando el Sr. Trigueros ya no tenía facultades para intervenir en la contabilidad. En cuanto a la falta de coincidencia de los saldos de pérdidas y ganancias, alega que la AC ni siquiera precisa a qué se refiere. Manifiesta que las irregularidades fueron analizadas en su día por la AEAT y regularizadas mediante el acta de inspección, siendo consecuente con ella la contabilidad desarrollada con posterioridad.

5. No puede obviarse, ante todo, que la concursada firmó la conformidad con el contenido de las actas de inspección formalizadas el 1 de marzo de 2010, cinco meses antes de la presentación de la solicitud del concurso. En ellas se deja constancia (tras las exhaustivas comprobaciones por parte de la AEAT) de una serie de irregularidades contables que dan lugar a una liquidación tributaria por importe total de 462.434 €, con intereses de demora y sanción, correspondiente a los ejercicios de 2005 y 2006, resultado de infracciones tributarias por haber dejado de ingresar las cantidades a que realmente estaba obligada la concursada. Como resulta de las actas, **la defraudación de las cuotas dejadas de ingresar se logró mediante el falseamiento, en ciertos aspectos y asientos, de la contabilidad.**

Tales irregularidades afectan a varios ejercicios, durante los cuales, como indica la sentencia apelada, es evidente que la concursada distorsionó en su contabilidad de manera intencionada (así concluyen las actas de inspección) sus operaciones y resultados (contabilizando facturas no reales, incluyendo como inmovilizado deudas con la AEAT, abonos a cuentas del grupo 6 por importantes importes sin justificación alguna, ocultando pérdidas, utilizando injustificadamente el concepto "partidas pendientes de aplicación"...) **para mostrar una situación patrimonial ficticia.** No cabe duda de que se trata de "irregularidades relevantes" para la comprensión de la verdadera situación patrimonial y financiera de la concursada.

La detección de esa distorsión se produjo en marzo de 2010, cinco meses antes de la presentación de la solicitud de concurso, lo que supone que **durante varios ejercicios y hasta pocos meses antes de ser solicitado el concurso, la contabilidad no reflejaba la verdadera situación patrimonial y financiera de la concursada.**

6. Las alegaciones del recurso, y las contenidas en el escrito de oposición a la calificación, no desvirtúan la relevancia de las irregularidades detectadas por la AEAT en las actuaciones inspectoras, y tienen una incidencia efectiva y significada en la comprensión de la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad. Aunque el falseamiento contable (pues eso es lo que revelan las actas de inspección, con la conformidad de la concursada) fuera regularizado con ocasión de la actuación inspectora de la Agencia Tributaria (no así por una previa y voluntaria actuación de la propia concursada), no por ello se desvanece la causa determinante de la calificación culpable conforme al mencionado precepto. El hecho que la parte apelante no puede negar ni rebatir es que, a consecuencia de la consciente e intencionada distorsión de su contabilidad, seis meses antes de la solicitud de concurso la contabilidad de la sociedad no reflejaba su verdadera situación patrimonial.

La consecuencia, a los presentes efectos, no puede ser otra que apreciar la causa de concurso culpable "en todo caso" sin necesidad de requisitos asociados o adicionales, de conformidad con el art 164.2.1º LC.

7. Manifiesta el administrador apelante que la necesidad de instar el concurso vino motivada, finalmente, por la imposibilidad de obtener el aplazamiento y fraccionamiento del pago de la deuda liquidada por la AEAT y la sanción tributaria impuesta.

No vemos en qué medida este argumento puede ser idóneo, a los efectos del art 164.2.1º LC, para exculpar al administrador por haber llevado o consentido una contabilidad falseada y dejar de aplicar la

consecuencia del precepto, cuyo supuesto fáctico ha hecho realidad el administrador apelante, responsable de la contabilidad. Quizá su actuación no sea tributaria de una sanción penal, pero sí tiene trascendencia a los efectos que ahora contemplamos.

Tampoco podemos admitir que la infracción de obligaciones tributarias mediante una contabilidad falseada que, descubierta a raíz de las actuaciones inspectoras, no impide la detección de las obligaciones defraudadas y provoca la imposición de la consiguiente sanción, pueda erigirse como una justa causa de la situación de insolvencia o de la solicitud del concurso en la fecha en que se hizo, por el hecho DE haberse denegado el aplazamiento del pago de la deuda resultante.

TERCERO. *La calificación de concurso culpable conforme al art. 164.1 en relación con el 165.1º LC*

8. La AC fundamenta esta causa de calificación culpable en que la situación de insolvencia (art. 2.2 LC) se manifestó a mediados de 2009, por lo que existe un retraso culpable en la solicitud de concurso, presentada a finales de julio de 2010.

La sentencia razona que existen hechos reveladores de la insolvencia (art. 2.4 LC) en mayo de 2009, con base en los datos que expondremos, por lo que se debió solicitar el concurso a principios de julio de 2009.

9. Dice el recurso que no ha existido una demora en el cumplimiento de la obligación de solicitar temporáneamente el concurso (art. 5.1 LC) pues la sociedad no era insolvente en mayo de 2009. Alega, para contradecir el criterio de la sentencia, que durante ese año se pagaron los salarios a los trabajadores puntualmente, *“con lo que mal puede hablarse de insolvencia ni consecuentemente de necesidad del concurso”*. Añade que no es correcto concluir que la empresa entró en pérdidas en el ejercicio de 2009, porque no puede contabilizarse en dicho ejercicio el acta de la AEAT, ya que corresponde al ejercicio siguiente.

10. Los datos con que contamos a estos efectos, y si no disponemos de más es por causa imputable a la concursada o a su administrador (art. 217.7 LEC), son los siguientes: **a) desde marzo 2009 la concursada no ha hecho ningún pago a la TGSS; b) en el primer trimestre de 2009 impagó las cuotas tributarias del IVA y en el segundo las retenciones de IRPF; c) en abril de 2009 presentó un ERE para la suspensión de contratos de trabajo; d) en la memoria aportada con la solicitud de concurso y en el escrito de oposición a la calificación, la concursada admite expresamente que las ventas decayeron considerablemente en el año 2009; e) en ese año no pudo abonar una paga extra debida a los trabajadores (f. 201).**

Tales datos son reveladores de la situación de insolvencia en la época que refiere la sentencia de acuerdo con los arts. 2.4 y 5.2 LC, que se manifiesta a mediados de 2009, lo que resulta suficiente para situar temporalmente el presupuesto objetivo del concurso al no haber desvirtuado la concursada o su administrador, mediante los correspondientes datos contables (teniendo en cuenta que la contabilidad no se regulariza hasta marzo de 2010) ni de otro tipo, que a mediados de 2009, cuando sobresee el pago de las cuotas a la TGSS y las obligaciones tributarias, contara con capacidad para afrontar el pago de la generalidad de las obligaciones exigibles.

CUARTO. 11. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 250/2013, de 12 de Junio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Puede ser susceptible de ser declarado **cómplice** de la calificación del concurso culpable, en virtud del artículo 166 LC, aquel que reciba pagarés que constituyan una

salida irregular y no justificada, apoyando la descapitalización de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada decidió el incidente de oposición a la calificación de concurso culpable de las sociedades TAB., S.L. y ENV., S.L. con los pronunciamientos que han quedado transcritos, de los que en la segunda instancia interesan los siguientes:

- a) La condena de las personas afectadas por la calificación culpable, Sres. R.G.A. y M.G.A., a la sanción de inhabilitación, que prevé el art. 172.2.2º LC, por un período de siete años.
- b) La declaración de cómplice, de conformidad con el art. 166 LC, del Sr. A.R.L. (junto con otros terceros) y su condena a restituir a la concursada TAB., S.L. la cantidad de 157.180 € y a la concursada ENV., S.L. la suma de 165.898,40 €, al amparo del art. 172.2.3º LC.

SEGUNDO. *Recurso de las concursadas*

2. Ambas sociedades concursadas han apelado el pronunciamiento de inhabilitación por el período de siete años de las personas físicas afectadas por la calificación, interesando que se reduzca a tres años o en su caso que se deje en suspenso la condena en el momento en que tales personas acreditasen haber obtenido la formación suficiente para poder dirigir una sociedad de capital.

El recurso ha de ser desestimado por falta de legitimación, conforme al art. 10 LEC, ya que a las sociedades concursadas no les perjudica ni afecta este pronunciamiento, sino sólo a las propias personas físicas afectadas por la calificación, los Sres. G.A., que son quienes han de padecer y cumplir la sanción de inhabilitación, y que no han apelado la sentencia. **Las sociedades concursadas carecen de legitimación para postular en su propio nombre pretensiones en interés de otras personas, o que afectan a terceros, cuya representación legal o voluntaria no ostentan, razón por la cual debe ser desestimado el recurso.**

TERCERO. *Recurso del Sr. A.R.L.*

3. El Sr. A.R.L., industrial autónomo que ha venido realizando trabajos de construcción para ambas sociedades concursadas, apela el pronunciamiento que le declara cómplice por haber cooperado en los actos que han fundado la calificación de concurso culpable, y la condena a restituir las indicadas cantidades, percibidas en concepto de *anticipos* por futuros trabajos cuya efectiva realización no se ha producido, según concluye la sentencia.

4. La consideración de cómplice y la referida condena dineraria tienen su causa en los siguientes actos, oportunamente expuestos por la administración concursal (AC) en su informe y estimados en la sentencia.

A partir del análisis de la contabilidad de ambas sociedades se constata que tanto TAB., S.L. como ENV., S.L. han entregado numerosos pagarés con vencimiento a tres meses a ciertos industriales o proveedores (entre ellos el Sr. A.R.L.) en concepto de *anticipos* de futuros trabajos o de obras que en ese momento no se habían ejecutado, y que posteriormente no han llegado a compensarse con obra efectivamente realizada.

Así se detecta en el caso del Sr. A.R.L. por el simple cotejo de las cantidades entregadas como anticipo que muestra la contabilidad y el importe total de las facturas emitidas por el Sr. A.R.L. contra las concursadas, existiendo una diferencia de 157.180 € a favor de TAB., S.L. y de 165.898,40 € con respecto a ENV., S.L..

Indicaba así mismo la AC que, según la contabilidad, todos los importes entregados como anticipos se registran posteriormente como retornados a las propias sociedades concursadas, mediante ingreso de su importe en la caja, supuestamente en efectivo.

No obstante, tras el oportuno análisis contable y la pertinente verificación (que ha incluido los extractos bancarios), la AC constata que estos ingresos en caja *“no han sido más que apuntes contables, sin representar ingreso monetario alguno”*, concluyendo que los anticipos cobrados efectivamente a través de efectos bancarios en ningún momento han sido retornados a las sociedades concursadas mediante ingresos en caja; *“la disminución de su saldo no es más que una disminución contable y no financiera”*, indica la AC.

5. Consideraba la AC, por ello, que **mediante estos anticipos se había producido una salida irregular y no justificada de dinero de la sociedad, por no responder a una actividad empresarial real o efectiva entre las partes, dando lugar, en la medida de esos importes, a la descapitalización de la sociedad.**

Encajaba la AC esta conducta en el supuesto legal de concurso culpable que describe el art. 164.2.5º LC, por tratarse de una salida fraudulenta de bienes sin justificación en los dos años anteriores a la declaración de concurso, y en el supuesto general del art. 164.1 LC al haber generado o agravado la insolvencia, e interesaba la declaración de cómplices de los perceptores de tales anticipos sin causa, entre ellos el Sr. A.R.L., con condena a reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

La sentencia fundamenta la acreditación de los hechos descritos y la consiguiente condena, en los términos interesados.

CUARTO. 6. El Sr. A.R.L. admitió en su escrito de oposición y en su declaración en la vista que había percibido los pagarés en concepto de anticipos y que obtuvo su importe mediante descuento bancario. Alegó que ha trabajado para las concursadas en infinidad de obras, que sólo ha cobrado por trabajos realizados y que se le deben cantidades (que no precisaba). Puso de manifiesto que tras el descuento, al resultar impagados los pagarés (no especificaba cuáles ni por qué importe), los bancos han instado contra él demandas ejecutivas.

El Sr. A.R.L. no ha realizado una liquidación de las relaciones mantenidas con las concursadas para justificar que la cantidad total recibida, incluidos los pagarés por anticipos, estaba respaldada o quedaba compensada por obras realmente ejecutadas, ni ha aportado facturas con expresa alegación de que quedan compensadas o abonadas con las cantidades anticipadas.

De otro lado, el Sr. A.R.L. no ha comunicado ningún crédito en los concursos de TAB., S.L. y de ENV., S.L..

7. Las concursadas se allanaron en el acto de la vista a la calificación culpable con base en las irregularidades contables que había expuesto la AC en su informe (aunque con alguna salvedad). En lo afectante al Sr. A.R.L., el letrado de las concursadas manifestó que recibía pagarés en concepto de anticipos de obras a realizar, que seguidamente el Sr. A.R.L. descontaba en su banco y retornaba el dinero obtenido a las propias concursadas ingresándolo en caja, colaborando de este modo a la financiación de las sociedades concursadas.

El letrado del Sr. A.R.L. (preguntado por el Sr. magistrado sobre esta operativa) no confirmó que su cliente retornara o devolviera las cantidades obtenidas mediante el descuento de los pagarés por anticipos; de manera confusa e imprecisa señaló que su cliente podría haber devuelto una parte y otra no. En todo caso, en el escrito de oposición del Sr. A.R.L. no se hace mención alguna al retorno de cantidades anticipadas mediante pagarés a las concursadas.

En su declaración, el Sr. A.R.L. fue preguntado repetidas veces por el juez del concurso sobre si las cantidades obtenidas mediante el descuento bancario de los pagarés las devolvía o entregaba seguidamente a las concursadas, a lo que el Sr. A.R.L. señaló que no, que sólo devolvía los importes correspondientes a obras que no se ejecutaban, y que se quedaba con los importes de los pagarés para pagar sus gastos.

QUINTO. 8. El recurso de apelación sostiene que, una vez entregado el pagaré, el Sr. A.R.L. lo presentaba al descuento en su banco y el dinero obtenido lo entregaba inmediatamente a las concursadas, y que no se quedó con ninguna cantidad.

Estas manifestaciones son nuevas, en el sentido de que es la primera vez, en el recurso de apelación, que el Sr. A.R.L. alega que no se quedaba con el importe de los pagarés entregados como anticipo, sino que lo devolvía a las concursadas una vez liquidados los pagarés mediante el descuento bancario. No fue esto lo que alegó en su escrito de oposición y tampoco en su declaración ante el juez, que preguntó con insistencia al Sr. A.R.L. sobre el destino del dinero obtenido mediante el descuento de los pagarés. Ya se ha dicho que el Sr. A.R.L. no confirmó esa operativa de financiación a las concursadas (liquidar el pagaré con vencimiento a tres meses mediante descuento bancario para luego entregar el dinero a las concursadas), sino que manifestó que sólo esporádicamente devolvía el importe de los pagarés, cuando no se ejecutaba la obra.

En todo caso, el Sr. A.R.L. no acredita por medio alguno el retorno del dinero a las sociedades concursadas, y la AC ha justificado (con amplitud y detalle en el específico informe sobre esta operativa realizado por la administradora concursal Sra. Amor Elvira, que se adjunta al informe regulado en el art. 75 LC) que las entradas de metálico en caja, por los mismos importes que los pagarés por anticipos, son ficticias, meros apuntes contables que no se corresponden con la realidad de un ingreso.

9. Manifiesta el recurso que el Sr. A.R.L. es un perjudicado más por la gestión de los administradores de las concursadas ya que presentó al descuento unos pagarés que posteriormente no fueron atendidos y ahora los bancos le están reclamando. Indica más adelante que es una paradoja tener que pagar a las entidades bancarias una deuda generada por las concursadas y también tener que pagar a las concursadas nuevamente por dicha deuda, y que en nada ha perjudicado a las concursadas, sino que les ha beneficiado por que a quien reclaman los bancos es al Sr. A.R.L..

Lo que podemos decir al respecto es que **existe prueba suficiente (y no desvirtuada) de que los pagarés entregados al Sr. A.R.L. en concepto de anticipos, a los que se refiere el informe de la AC, resultaron pagados a sus vencimientos.** En el informe elaborado por la administradora concursal Sra. Amor Elvira se concluye, tras un exhaustivo análisis de la contabilidad y extractos bancarios, con referencia a los pagarés entregados en concepto de anticipos, que *“estos pagarés han sido pagados por las entidades financieras de TAB., S.L. [y de ENV., S.L.] a su vencimiento”*, incorporando una fotocopia de los títulos. El análisis de este informe incluyó, como el mismo expresa, una *verificación fehaciente del pago de los pagarés emitidos a través de los bancos mediante el cotejo de los vencimientos de dichos documentos con las salidas de dinero registradas en los extractos bancarios.*

De la documentación aportada por el Sr. A.R.L. resulta que **las dos reclamaciones ejecutivas que han planteado dos entidades bancarias se basan en una póliza de crédito y en otra de préstamo, y no se acredita que en el saldo deudor reclamado se hayan incluido los importes correspondientes a los pagarés entregados en concepto de anticipo, por él descontados, que motivan la declaración de complicidad y la condena.**

SEXTO. 10. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

Sentencia nº 271/2013, de 26 de Junio de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Con la Reforma de la Ley Concursal de 2011, la nueva redacción del artículo 50 LC, excluye o decae la **acción directa** con la sola declaración de concurso. El crédito objeto de la acción, por tanto, habrá de integrarse en la masa activa y el subcontratista carecerá de cualquier preferencia sobre ese derecho.

En cuanto a la atribución de la condición de **administrador de hecho**, una admisión expresa e inequívoca de dirección empresarial en una entrevista pública, apoyado con la existencia de varios documentos (como la firma de letras de cambio, la negociación con entidades de crédito en representación de la concursada, el uso de un automóvil de la concursada o disfrutar de tarjetas de crédito) corroboran esa condición. En ese caso, será considerado responsable solidario de las conductas dolosas, con los demás administradores de derecho.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia: STS de 23 de marzo de 2006.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de TRES DIM., S.L.U. y Don M.S.V. recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de Barcelona que calificó como culpable el concurso de INFRA. MAT., S.L., declarando como personas afectadas por la calificación a Don J.S.V. y a Don J.M.E., como administradores de la sociedad, y a Don M.S.V., como administrador de hecho. Además de la inhabilitación por cinco años, los demandados fueron condenados a pagar solidariamente la totalidad del pasivo concursal no cubierto con la liquidación.

Asimismo la sentencia declaró cómplices a IMP. AR., S.L., CIU. TAN., S.L., TEC. IB., S.L., TRES DIM., S.L.U., RIC., S.A., ESP. MES., S.L., CON.VAG., S.L. y a Don J.S.V. –en este caso, respecto de los actos de disposición realizados durante el periodo de tiempo que no fue administrador-, condenándoles al pago de las cantidades percibidas de la concursada mediante transferencia o por otros actos de disposición.

Aun cuando la sentencia, a partir del extenso y prolijo informe de la administración concursal, se sustenta en distintos hechos y causas de culpabilidad, no es preciso extendernos sobre los motivos que han dado lugar a la calificación, por cuanto el recurso de apelación lo interponen únicamente TRES DIM., S.L.U. y Don M.S.V., que impugnan sólo los dos pronunciamientos concretos de la sentencia que directamente les afectan. Analizaremos por separado cada uno de los recursos.

SEGUNDO.- TRES DIM., S.L.U. apela la sentencia en tanto en cuanto es declarada cómplice y condenada al pago de 311.942 euros. Según la sentencia de instancia (fundamento quinto), se realizaron determinadas transferencias a favor de personas y empresas vinculadas con la concursada INFRA. MAT., S.L. En concreto y por lo que se refiere a TRES DIM., S.L.U., le fueron transferidos, según resulta de los extractos bancarios y de la contabilidad, 311.942 euros. El *juez a quo* rechazó los argumentos de la demandada, que justificó los pagos en la existencia de un *cash pooling* o acuerdo de gestión de tesorería entre distintas empresas del grupo, con flujos o intercambios recíprocos. La sentencia incardina los hechos en el artículo 164.1º de la Ley Concursal, por cuanto los actos de disposición agravaron la situación de insolvencia, y en el artículo 164.2º.5º (salida fraudulenta de bienes).

La apelante alega en su recurso que la sentencia de instancia únicamente ha tenido en cuenta las transferencias que INFRA. MAT., S.L. efectuó a TRES DIM., S.L.U., que están recogidas en el libro mayor de la concursada (columna del “debe”), prescindiendo de las transferencias que, a su vez, ésta realizó a favor de aquella (columna del “haber”), por un importe de 543.347,25 euros, por lo que resulta un saldo a su favor de 231.405,22 euros. En prueba de su pretensión reproduce en su recurso el listado del mayor completo, que

figura en el documento 106 de los aportados junto con el informe. Afirma la recurrente que el sistema de gestión centralizado denominado “cash pooling” fue invocado en el escrito de oposición únicamente por las sociedades inmersas en ese *pool*. TRES DIM., S.L.U., por el contrario, sólo adujo en la oposición que debían computarse también los traspasos que ella realizó a la concursada.

La administración concursal, al oponerse a la apelación, alega que lo argumentado por TRES DIM., S.L.U. en el recurso no fue invocado como motivo de defensa, remitiéndose a lo argumentado en la sentencia de instancia.

TERCERO.- En contra de lo esgrimido por la administración concursal, TRES DIM., S.L.U. alegó en su escrito de oposición que la administración concursal había realizado una “aportación selectiva” de documentos, “silenciando” aquellos que acreditaban las transferencias o traspasos de fondos a INFRA. MAT., S.L. (folio 11 de la oposición, al folio 387). Por los mismos motivos se opuso a la pretensión de resarcimiento (folio 412). Es más, la argumentación relativa al sistema centralizado de gestión de la tesorería, que es descartada por la sentencia de instancia, venía referida a las sociedades TEC. IB., S.L., CON.VAG., S.L., CIU. TAN., S.L. y la propia concursada (folio 388 y documento seis de la oposición). Esto es, TRES DIM., S.L.U. sólo opuso que la administración concursal no había tomado en consideración las transferencias a favor de INFRA. MAT., S.L.

Pues bien, a la vista de los documentos que obran en las actuaciones, debemos estimar el recurso. En efecto, la administración concursal adujo en su informe que “del análisis de los extractos bancarios y de la contabilidad de INFRA. MAT., S.L.” había podido constatar transferencias de cuentas de la concursada a personas y sociedades vinculadas, entre las que se encuentra TRES DIM., S.L.U. Sin embargo, en realidad, la información la obtuvo la administración concursal de los listados del libro mayor de los ejercicios 2006 y 2007 (documentos 105 y 106). La apelante reproduce en su recurso el listado completo del libro mayor del ejercicio 2007 de la cuenta 55200007 de TRES DIM., S.L.U., en donde, ciertamente, se reflejan en el “debe” transferencias a su favor de 311.942,70 euros. Ahora bien, constan de igual modo traspasos de TRES DIM., S.L.U. a INFRA. MAT., S.L. por 543.347,250 euros, por lo que en el ejercicio 2007, que es el que ha sido valorado por la administración concursal, se produjo un saldo a favor de TRES DIM., S.L.U. de 231.405,220 euros. Ese listado fue aportado, como hemos dicho, por la administración concursal (página 9 del documento 106).

No existe un contraste de esa información contable con otros documentos bancarios o de otro tipo. El documento 98 recoge copias de cheques al portador, que no consta fueran cobrados por TRES DIM., S.L.U., y órdenes de transferencia que en su mayor parte son de los años 2005 y 2006, es decir, anteriores y ajenas absolutamente a las salidas que se imputan a la demandada. Y el informe pericial de Doña M. N., que se incorporó al procedimiento por despido seguido ante el Juzgado de lo Social 2 de Mataró (documento 108), se emitió contando únicamente con el libro mayor.

A partir de todo ello, hemos de otorgar el mismo valor a las transferencias del “debe” que a los traspasos del “haber”. Y es indiscutible que el saldo de las operaciones cruzadas durante el ejercicio 2007 es favorable a TRES DIM., S.L.U., extremo que no se discute en el escrito de oposición al recurso. La administración concursal alega ahora que no tiene la certeza de que esos ingresos se realizaran y, de ser ciertos, “el destino de los mismos”. No aceptamos semejante argumentación, que implica dar crédito a unos asientos contables y negárselo a otros, cuando todos ellos forman parte de un mismo documento que ha de ser valorado de forma unitaria.

Por todo lo expuesto, dado que no podemos tener por acreditado que se transfirieran sin justificación alguna fondos a TRES DIM., S.L.U. por el importe reseñado en la sentencia, debemos estimar el recurso y dejar sin efecto la condena a TRES DIM., S.L.U.

CUARTO.- Don M. S. recurre la sentencia de instancia, que le declara persona afectada por la calificación, atendida su condición de administrador de hecho. El juez *a quo*, en el fundamento decimoprimer de la sentencia, justifica dicha condición a partir de dos documentos: una entrevista realizada el año 2005 en una revista del Maresme (documento 67), en la que Don M.S.V. admite ser el dueño de la empresa junto con su hermano J.–administrador de derecho, también condenado en la sentencia–; y un acta de inspección en la

que un empleado, firmante del acta, llega a manifestar que quien controlaba todo era Don M.S.V. (documento 92).

La "impresión" que el *juez a quo* obtiene de esos dos documentos, vendría corroborada por otros documentos aportados por la administración concursal que documentan actos que habitualmente se corresponden con el ejercicio de funciones directivas (documento 23 a 89).

El recurrente discrepa de la valoración que de esos documentos realiza la sentencia y concluye que no hay prueba directa ni indiciaria de que Don M. S. hubiera sido administrador de hecho. La administración concursal se opone al recurso y solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

QUINTO.- Hemos mantenido en anteriores resoluciones (Sentencia de 16 de noviembre de 2011, ROJ 13140/2011, entre otras) que, con carácter amplio, **administrador de hecho** será quien ejerce efectivamente el cargo al margen de un formal y válido nombramiento, encuadrando dentro de dicha categoría al llamado administrador oculto, esto es, la persona que real y efectivamente ejerce las funciones de administrador de la sociedad, coexistiendo con un administrador de derecho (que figura como tal frente a terceros) y en connivencia con él, el cual de facto se somete sin cuestionamiento a las decisiones del primero y, cuando es preciso, las ejecuta formalmente firmando los pertinentes documentos.

El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social. Debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad, excluyendo de este concepto a aquellas personas cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión.

La STS de 8 de febrero de 2008, al abordar esta materia, aporta importantes precisiones: la condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS 7 junio 1999, 30 julio 2001), siempre que actúen regularmente "por mandato de los administradores o como gestores de éstos", pues "la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador "sin observar las formalidades esenciales que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición". Añade que cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (SSTS 26 de mayo 1998, 7 mayo 2007) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte "un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes", designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (STS 23 marzo 2006).

Es decir: a) los apoderados, por el simple hecho de serlo, no son administradores de hecho; b) no puede ser administrador de hecho quien actúa por mandato de otro, en particular de quien ostenta la titularidad del órgano de administración; c) es necesario actuar como verdadero administrador (aunque la STS citada no define las notas caracterizadoras de tal actuación, pero puede adivinarse sobreentendido que viene a admitir el criterio de la autonomía o falta de subordinación); d) un supuesto ejemplar es el que hemos denominado del administrador oculto, que no se reduce a los supuestos de finalidad fraudulenta, esto es, cuando se hace figurar como administrador formal a una persona insolvente y así eludir la responsabilidad del administrador.

SEXTO.- En el presente caso la atribución de la condición de administrador de hecho de Don M.S.V. se realiza única y exclusivamente a partir de los documentos aportados por la administración concursal. Y dado que la apelante cuestiona la valoración que de esos documentos realiza la sentencia de instancia, venimos obligados a revisar ese material probatorio y a dar respuesta a las consideraciones que sobre los mismos se realizan en el recurso.

Como hemos expuesto, el *juez a quo* parte de dos documentos de los que, de una u otra manera, puede deducirse que Don M. S. es dueño y “manda” junto con su hermano J. en INFRA. MAT., S.L. El primero de ellos es una entrevista en una revista del Maresme en la que se presenta a INFRA. MAT., S.L. como una constructora de obra civil “dirigida por dos hermanos S.”. Preguntado sobre los orígenes de INFRA. MAT., S.L., Don M.S.V. responde que “el meu avi empedrava carrers, el meu pare va agafar el relleu i va a passar a fer asfalt i ara al capdavant de la empresa hi soc jo i el meu germà J.”. La entrevista se publica en julio de 2006 –el concurso se declaró el 6 de mayo de 2008-.

El segundo documento es un acta levantada el 20 de agosto de 2008 por la Agencia Tributaria a INFRA. MAT., S.L. (documento 92). En ella está presente la administradora concursal. El inspector toma declaración a trabajadores de IMP., empresa del mismo grupo que la concursada. En concreto F. X. P. declaró que trabajaba para esta entidad y que “quien controlaba todo era el Sr. M.S.V. y su nombre no salía en ningún sitio”. Asimismo afirmó que toda la obra de IMP. “salía de INFRA. MAT., S.L.”. El inspector reseñó en la diligencia que otros trabajadores habían realizado manifestaciones similares y que Don J. B. manifestó que “el dueño de la empresa era Don J. S.”.

SÉPTIMO.- Pasamos a describir a continuación aquellos documentos que, al entender del juez de instancia, reflejan hechos y actuaciones propias de personas con funciones directivas “que denotan autonomía en la decisión –dice la sentencia de instancia- y que permiten concluir que se prolongaron en el tiempo”. Los documentos 23 a 30 y el documento 50 agrupan distintos cheques firmados por INFRA. MAT., S.L. para el pago de nóminas de IMP. y órdenes de pago de INFRA. MAT., S.L. a proveedores de CON. VAG., S.L. No consta, dado que ni tan siquiera se alega, que puedan atribuirse a Don M.S.V. Por tanto, podrían servir para justificar la existencia de grupo entre las empresas mencionadas e incluso de confusión de patrimonios, pero no para atribuir a Don M.S.V. la condición de administrador de hecho de la concursada. Tampoco sirven, a estos efectos, los documentos 31 a 48 y el documento 49, en los que no aparece la firma de Don M.S.V. El hecho de que pudiera haber cobrado cheques al portador de escasa cuantía no tiene ninguna relevancia.

Sí son relevantes, por el contrario, los documentos 54 a 56, que acreditan que Don M.S.V. disponía de tarjeta de crédito con cargo a una cuenta de la concursada. También es relevante el documento 57, que acredita que Don M.S.V. figuraba como asegurado en una póliza de seguro de un vehículo de INFRA. MAT., S.L., que se hacía cargo de la prima. Y más todavía lo es el documento 58, que agrupa distintas comunicaciones en las que Don M.S.V., actuando en representación de INFRA. MAT., S.L., negocia con Don J. M., del BANCO SANTANDER, la refinanciación de determinados pagos. El documento 59, por el contrario, aunque menciona a Don M.S.V., no aparece su firma. Tampoco sirve el documento 60, por cuanto la referencia al Sr. S.M podría venir referida a Don J.S.

En los documentos 61, 62, 63 y 64 sí aparece Don M. S. como firmante, en representación de INFRA. MAT., S.L., de una orden de compra de valores y como librador de tres letras de cambio por distinto importe. Los documentos 69 a 91, por el contrario, no los podemos tomar en consideración, dado que no están extendidos o firmados por el demandado.

OCTAVO.- A la vista de todo ello, debemos corroborar el criterio de la sentencia de instancia. En efecto, Don M.S.V. reconoció expresamente en una entrevista realizada en julio de 2006 que dirigía INFRA. MAT., S.L. conjuntamente con su hermano J. (documento 67). Asimismo reconoció que se trataba de una empresa familiar, creada por su abuelo y que actualmente era regida por la tercera generación, de la que forma parte. Dado que formalmente sólo figuraba como administrador Don J. S., Don M.I sólo podía intervenir en la dirección de la compañía como administrador de hecho.

Esa admisión expresa e inequívoca de su condición de administrador de hecho ha quedado

corroborada por el resto de los documentos aportados por la administración concursal y que se han valorado en el anterior fundamento. La firma de letras de cambio, la negociación con entidades de crédito en representación de INFRA. MAT., S.L., el uso de un automóvil de la concursada o disfrutar de tarjetas de crédito podrían resultar insuficientes, a estos efectos, o podrían merecer una explicación distinta si no fuera por ese previo reconocimiento de que, efectivamente, dirigía la empresa.

Que ello es así se deduce, por otro lado, del acta levantada por la Agencia Tributaria, posterior a la declaración de concurso (documento 92), que recoge el testimonio de distintos trabajadores que aluden a Don M.S.V. como la persona que “mandaba” tanto en IMP. como en INFRA. MAT., S.L. Ciertamente, hubiera resultado muy conveniente que esos mismos trabajadores hubieran declarado como testigos en este incidente.

La sentencia del Juzgado de lo Social de Mataró de 28 de noviembre de 2008 (documento 3 del informe), en el procedimiento por despido improcedente iniciado por trabajadores de INFRA. MAT., S.L., llega a la misma conclusión. Declara la existencia de confusión de patrimonios de las sociedades INFRA. MAT., S.L., TRES DIM., S.L.U., ESP. MES., S.L., CIU. TAN., S.L. y TEC. IB., S.L. Ese conglomerado de empresas es considerado como una “trama urdida” por Don M. y Don J. S. como “mecanismo fraudulento” para perjudicar los legítimos intereses de los trabajadores. En el fundamento jurídico cuarto declara expresamente a Don M.S. como administrador de hecho de todas las empresas, a pesar de no ostentar cargo alguno –los tuvo, según la sentencia, hasta que alguna de las empresas comenzó a tener problemas-. En contra de lo esgrimida por la apelante, esa sentencia, después de un juicio contradictorio, la podemos tomar en consideración y lo hacemos como un elemento probatorio más que confirma la conclusión que alcanzamos con el resto de medios de prueba.

Por todo ello debemos desestimar el recurso. El apelante denuncia que no se haya individualizado la responsabilidad y que no se atribuyan las conductas determinantes de la culpabilidad a personas concretas, acreditando el nexo causal con la generación o agravación de la insolvencia. Entendemos, por el contrario, en línea con lo afirmado por la sentencia de instancia, que **Don M.S.V. ha de responder en la misma medida que su hermano J., dado que compartían la gestión como si de administradores solidarios se tratara. El recurrente no ha cuestionado los hechos muy graves determinantes de la culpabilidad** –demora en la solicitud de concurso, que fue declarado como necesario, ausencia de contabilidad y salida fraudulenta de fondos a favor de empresas y personas vinculadas con la concursada-, **que pueden atribuirse una vez acreditada su condición de administrador de hecho.**

En cuanto al **nexo causal con la situación de insolvencia**, debemos recordar que el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable “en todo caso”, en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto. Y por lo que se refiere a la demora en la solicitud de concurso, también hemos de tener presente que este tribunal, con un breve intervalo en el que cambió de criterio al albur de la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Supremo, ha vuelto a su postura inicial en orden a la interpretación de la presunción del artículo 165. En este sentido, entendemos que **no es necesario, para que opere la presunción que establece el artículo 165, que se acredite que las conductas que contempla (en este caso, el retraso en la solicitud de concurso) hayan generado o agravado la insolvencia.** Y ello por cuanto las conductas que el precepto describe, en su mayor parte, no inciden causalmente en la generación o agravación de la insolvencia. En consecuencia, **acreditado que el deudor incurrió en alguno de los supuestos del artículo 165, habrá que presumir, salvo prueba en contrario, que actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.**

En consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia en todos los pronunciamientos que afectan a Don M.S.V.

NOVENO.- En cuanto a las costas del recurso, de conformidad con lo establecido 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer pronunciamiento de condena, abonando cada parte las causadas a su

instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 292/2013, de 11 de Julio de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Para declarar la responsabilidad de los administradores de la sociedad, no basta que hubieran ostentado el cargo durante los dos años anteriores sino que la jurisprudencia ha venido exigiendo una **especial imputación personal** de las conductas que han determinado la calificación culpable del concurso.

La **no exhibición ni entrega de la contabilidad a la AC** lleva a considerar que la concursada incumple sustancialmente el deber de llevanza de la contabilidad y declarar culpable el concurso (art. 164.2. 1.º LC). Puede modularse en qué grado cada uno de los administradores puede ser responsable de ese incumplimiento, pero no puede quedar exonerado de responsabilidad un administrador por el mero hecho de haberse desentendido del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo.

Se puede imputar la responsabilidad de la totalidad del déficit concursal a los administradores sociales, particularmente cuando éstos no han acreditado que dicho déficit sea consecuencia de causas distintas a su propia conducta; hay una inversión de la carga de la prueba que determina que deba partirse de la imputación a los administradores de todo el déficit, admitiendo la **posibilidad de moderar esa responsabilidad en función de la concurrencia de nexos causales** que puedan resultar acreditados, que permitan moderar o incluso excluir esa responsabilidad.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Antecedentes que contextualizan el conflicto que accede a esta alzada

1. Son antecedentes de interés para resolver las cuestiones que los recursos plantean los siguientes:

a) LLOP., S.L., sociedad constituida en el año 2002 y dedicada a estudios de ingeniería con confección de proyectos y dirección de los mismos y a la construcción y montaje de estructuras metálicas en general en edificios y naves industriales, entre otras actividades. Tenía un capital social que se repartían los tres socios originarios: los recurrentes Sres. J.P.M. y J.R.L.B. y el Sr. E.M.M.. Tras la venta de sus participaciones por parte del Sr. E.M.M. a HIL., S.L. (Sres. A.A.T. y J.M.A.T.), en marzo de 2009, y la posterior ampliación de capital de que fue objeto (por 295.000 euros), el capital social pasó a ser de 307.200 euros y se distribuía de la siguiente forma:

- a. El Sr. J.P.M. el 1,30 %.
- b. El Sr. J.R.L.B. otro 1,30 %.
- c. HIL., S.L. el 97,40 %.

b) El cargo de administrador de la concursada era ostentado por los tres socios. En la junta de 10 de noviembre de 2009 se modificó el sistema de administración y se nombró como administrador único al Sr. J.M.A.T.

c) En 23 de diciembre de 2009 LLOP., S.L. solicitó el concurso voluntario que fue declarado por auto del juzgado mercantil 4 de 10 de febrero de 2010. En la solicitud declaró ostentar una masa activa de 929.398,52 euros y una masa pasiva de 602.597,01 euros.

d) El AC consideró en su informe (en fase común) que el importe de los créditos concursales ascendía a 879.195,36 €, a lo que había que añadir 104.460,52 euros de créditos contra la masa, mientras los activos los valoró en la cantidad de 441.934,44 €. Por consiguiente, el déficit concursal en aquella fecha se podía situar en la cantidad de 541.721,44 euros. El referido informe también indicaba lo siguiente: <<No ha sido entregado físicamente ningún libro: ni el de inventarios y Cuentas anuales, ni el Diario, ni Libro de actas, ni Libro registro de socios. Se ha cumplido, no obstante, con la entrega, en soporte informático, de gran parte de la contabilidad del ejercicio 2009 y lo que se lleva del presente hasta la declaración de concurso. Según manifiestan el Sr. A.T. y la Gestoría Planas, no tienen la contabilidad de los ejercicios anteriores al 2009, señalando al socio J.R.L.B. como responsable de la misma, quien, por su parte, no se ha puesto en contacto con el Administrador Concursal en ningún momento para facilitarle tales documentos>>.

2. El AC presentó su propuesta de calificación instando la calificación culpable con base en el art. 164.2.1 LC, esto es, el incumplimiento sustancial del deber de llevar la contabilidad y las irregularidades contables graves detectadas en la contabilidad y proponiendo que se declarara como personas afectadas por tal declaración a los Sres. J.P.M., E.M.M. y J.R.L.B. Como justificación de su solicitud hizo referencia, en el cuerpo de su propuesta, a los siguientes hechos:

a) La empresa había dejado de abonar el precio de una vivienda comprada por los tres únicos socios (J.R.L.B., E.M.M. y J.P.M.) cuya amortización era cargada en aquella, y se requirió a los socios para que devolvieran tres vehículos de alta gama, que juntamente con seguros de vida y planes de pensiones, también eran cargados a la concursada. Curiosamente, pese a la enorme gravedad de estas imputaciones desde la perspectiva de la calificación concursal, el AC se limitó a exponerlas de forma un tanto genérica, sin precisar cuándo y cómo y cuál fue el importe que los socios defraudaron a través de esas conductas. Y, lo que aún es más grave e incomprensible, el AC se limitó a exponerlas de forma contextual, sin fundar en ellas propiamente su propuesta de declaración culpable y, particularmente, sin tomarlas en consideración a la hora de fijar la responsabilidad concursal.

b) En las cuentas correspondientes al ejercicio 2008 aparecía una partida de existencias por valor de 459.254,13 euros que desapareció de las cuentas de 2009 sin ninguna justificación ni explicación.

3. El Ministerio Fiscal, al evacuar su informe preceptivo, también solicitó la declaración de concurso culpable, si bien en términos no totalmente coincidentes con la propuesta hecha por el AC. Además de los hechos a los que hacía referencia el AC, el Ministerio Fiscal se refiere a otro no incluido en el mismo, al menos de forma explícita: que los administradores no entregaron físicamente ningún libro a la AC sino tan solo, en soporte informático, la contabilidad de 2009. Respecto de la contabilidad correspondiente a los ejercicios anteriores, el administrador social en el momento de la solicitud, el Sr. J.M.A.T., al ser requerido por el AC, le remitió al Sr. J.R.L.B., al que indicó como responsable de la misma.

La discrepancia del Ministerio Fiscal respecto de la propuesta de calificación hecha por el AC se refiere no solo a los hechos relevantes sino también a las personas afectadas, pues incluye al Sr. A.A.T., al que considera (erróneamente) administrador de derecho de la concursada, y también en la cantidad a la que estima que deben resultar condenados los administradores, esto es, la suma de 457.564,13 euros, en lugar de los 162.564,13 euros que proponía el AC.

SEGUNDO. Resolución recurrida y recursos

4. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de LLOP., S.L., considerando como personas afectadas por tal calificación a J.P.M., E.M.M. y J.R.L.B., a la vez que dispuso su inhabilitación para el ejercicio del comercio y para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de cinco años y condenó a los referidos administradores a pagar a la masa la cantidad de 145.753 euros en concepto de responsabilidad concursal, cantidad correspondiente a un tercio del déficit.

La causa por la que el concurso se declara culpable estriba en que los administradores no entregaron al administrador concursal los libros contables, por lo que no han acreditado el cumplimiento de sus obligaciones contables esenciales. En cambio, se desestimó la causa de culpabilidad de irregularidades contables graves, relacionada con una partida de existencias de 459.254,13 euros que aparecía en las cuentas de 2008 y desapareció en las de 2009 sin ninguna explicación porque, según estima el Sr.

magistrado mercantil, la AC no ha explicado en su informe cómo ha podido influir esa irregularidad en la imagen que de la compañía proporcionaban las cuentas de la sociedad.

5. El recurso del Sr. J.R.L.B. se funda en los siguientes motivos: a) error en la valoración de la prueba sobre la causa de culpabilidad; y b) inexistencia de responsabilidad del art. 172-bis LC, por no concurrir los presupuestos para que la misma pueda ser declarada.

El recurso del Sr. J.P.M. se funda en los siguientes motivos: a) Error en la valoración de la prueba, ya que no concurre falta de llevanza de la contabilidad ni culpabilidad en ello del Sr. J.P.M.; b) falta de individualización de la conducta del Sr. J.P.M.; y c) falta de motivación.

TERCERO. Sobre la declaración culpable

6. Aunque sea de forma indirecta, puede considerarse que ambos recursos cuestionan que el concurso pueda ser declarado culpable. Es cierto lo que afirman los recursos, esto es, que al solicitarse el concurso se expresó que los instrumentos contables, así como todos los libros de llevanza obligatoria, y la documentación contable, se encontraban en las oficinas de la nave de Sant Quintí de Mediona, esto es, en una nave propiedad de la concursada. Pese a lo cual el AC expresó en su informe (durante la fase común del concurso) que no le había sido entregada más documentación contable que la correspondiente al año 2009 y únicamente en fichero informático, de manera que no tuvo acceso a la documentación contable, a pesar de los requerimientos que cursó al Sr. J.R.L.B. para que subsanara ese déficit sin éxito alguno.

7. Es dudosa cuál puede ser la causa por la que no llegó al AC esa documentación contable, aunque lo que no creemos que sea dudoso es que **efectivamente la referida documentación contable no se puso a su disposición**. Los Sres. J.M.A.T. y J.R.L.B. se imputan recíprocamente la culpa por el hecho de que el AC no pudiera tener acceso a las cuentas de la concursada, así como a su documentación contable. Con independencia de ello, lo que ahora nos interesa es exclusivamente que hemos de considerar acreditados los hechos que han fundado la declaración culpable del concurso, esto es, que no se ha mostrado al AC más información contable que la incompleta correspondiente al ejercicio 2009. Por consiguiente, es correcta la conclusión alcanzada en este punto por la resolución recurrida, esto es, que **debe considerarse acreditado que la concursada ha incumplido sustancialmente el deber de llevanza de la contabilidad, lo que justifica que el concurso sea declarado culpable con fundamento en la causa establecida en el art. 164.2.1.º LC**.

8. Es cierto que resulta extraño que una irregularidad tan importante como ésta no haya sido puesta de manifiesto en la propuesta de calificación realizada por el AC y haya debido ser el Ministerio Fiscal quien la introduzca en esta Sección del proceso. No obstante, de ello no podemos concluir, como pretende el recurso del Sr. J.R.L.B., que no exista esta causa de culpabilidad. En realidad el Ministerio Fiscal no ha introducido nada nuevo en el proceso sino que se ha limitado a extraer un dato importante de otro informe anterior del propio AC, el elaborado durante la fase común, en el que expresa con detalle a **qué documentación contable ha tenido acceso y los frustrados intentos de que se le facilitara el resto, que no tuvieron respuesta por parte del Sr. J.R.L.B. precisamente**. No resulta fácil de explicar la conducta observada en ese momento por parte del Sr. J.R.L.B., esto es, no haber entregado la documentación, caso de tenerla, o bien haber explicado al AC todo lo que sabía sobre ella. No consta que haya sido hasta el momento de oponerse a la propuesta de calificación cuando ha facilitado información sobre el posible paradero de la documentación, en un momento demasiado tardío. Y no podemos considerar acreditadas sus manifestaciones, según las cuales era el Sr. J.M.A.T. quien tenía a su disposición toda la documentación contable.

9. Es cierto que las explicaciones dadas por el Sr. J.R.L.B. al oponerse a la calificación propuesta por el Ministerio Fiscal resultan verosímiles, pues no resulta irrazonable que hiciera entrega de la documentación contable al Sr. J.M.A.T., particularmente si se considera lo que éste afirma, esto es, que puso mucho dinero en la empresa en los escasos meses que llevaba en ella antes de instar el concurso, asumiendo incluso en solitario la ampliación de capital acordada. No resulta razonable que llevara a cabo actos tales como la compra de las participaciones del Sr. E.M.M., la ampliación de capital y la negociación

de créditos a favor de la concursada, asumiendo personalmente garantías, sin haber tenido previamente acceso a la documentación contable de la empresa y sin conocer su posible viabilidad. No obstante, tampoco podemos ignorar que, al menos en parte, existe una posible justificación para esos actos, la previa relación de amistad y confianza existente entre el Sr. J.M.A.T. y el Sr. J.R.L.B., de la que podría haberse aprovechado este último ante las graves dificultades económicas por las que atravesaba la sociedad luego concursada.

10. La posición mantenida por los otros socios y administradores, los Sres. J.P.M. y E.M.M., coincide con la expuesta por el Sr. J.M.A.T., y que también asumió el AC. Lo afirmado por estos administradores al oponerse a la calificación, y antes de forma personal al AC, es que era el Sr. J.R.L.B. quien de forma exclusiva se encargaba de la gestión y controlaba todo lo relacionado con ésta. Los Sres. J.P.M. y E.M.M. no desarrollaban otra función que la propia de dos empleados de la sociedad, como encargados de obra. Y no está acreditado que la situación cambiara de forma sustancial a partir de la entrada del Sr. J.M.A.T. en la sociedad (en marzo de 2009), al menos hasta que el mismo descubrió, algunos meses más tarde (en septiembre-octubre de 2009), que las perspectivas que el Sr. J.R.L.B. le había trasladado sobre su situación no se correspondían con la realidad.

11. Por consiguiente, y como conclusión, aunque las explicaciones del Sr. J.R.L.B. pudieran ser verosímiles, no es suficiente con ello, particularmente si se consideran las demás circunstancias concurrentes, y a las que acaba de hacerse referencia en el apartado anterior. Sea cual sea, de entre las varias explicaciones posibles, **la razón por la que la contabilidad correspondiente a los años anteriores a 2009, caso de existir, no fue entregada al AC, lo único determinante es, a los efectos que ahora nos ocupan, que esa entrega o exhibición no se hizo cuando era procedente al AC.** Por consiguiente, la conclusión razonable que de ello cabe extraer es la que ha aplicado la resolución recurrida, siguiendo la petición del Ministerio Fiscal, esto es, **considerar que la concursada había incumplido sustancialmente el deber de llevanza de la contabilidad y declarar culpable el concurso por esa causa al amparo del art. 164.2. 1.º LC.**

12. Aunque el AC también pretendió que el concurso se declarara culpable por inexactitudes graves en la contabilidad, causa relacionada con la inexplicable (e inexplicada) desaparición de las existencias por importe de 459.254,13 euros que reflejaba la contabilidad, la resolución recurrida no consideró que esa irregularidad (o inexactitud) mereciera la calificación culpable porque el AC no había explicado cómo había podido influir esa irregularidad en la imagen que ofrecían las cuentas del patrimonio de la concursada. Aunque consideremos discutible tal apreciación, lo cierto es que nadie ha recurrido la resolución en este punto, lo que nos impide poder tomar en consideración esta causa a los demás efectos que los recursos plantean.

CUARTO. Sobre las personas afectadas por la calificación de culpabilidad

13. De lo que se quejan los recursos, particularmente el del Sr. J.P.M., es de que la resolución recurrida no ha justificado adecuadamente la consideración de los administradores como personas afectadas por la calificación, contrariando con ello la **doctrina jurisprudencial que exige una justificación añadida a la de ser administrador de la sociedad en el lapso temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso.**

14. Tienen razón los recurrentes cuando afirman que, **para declarar su responsabilidad, no basta que hubieran ostentado el cargo de administradores de la sociedad durante los dos años anteriores sino que la jurisprudencia ha venido exigiendo una especial imputación personal de las conductas que han determinado la calificación culpable del concurso.** Así lo afirmaba la STS de 6 octubre de 2011 al manifestar que la condena de los administradores no es consecuencia necesaria de la calificación culpable del concurso sino que requiere una justificación añadida. Otras resoluciones posteriores lo han ratificado precisando que el enjuiciamiento debe distinguir tres niveles o círculos distintos: el primero de imputación de la culpabilidad a la sociedad; el segundo, de imputación de la afectación a los diversos administradores; y el tercero, más específico aún que el anterior, de

imputación de la responsabilidad del art. 172.3 LC (actual 172-bis) a cada uno de los administradores.

15. La resolución recurrida imputa la condición de persona afectada por la calificación culpable de forma sucinta, aunque suficiente, cuando afirma (en su fundamento 13) que *<<(n)ingún administrador puede eludir dicho deber (la llevanza de la contabilidad) y su correlativa responsabilidad alegando sencillamente el voluntario incumplimiento de los deberes propios del cargo que han aceptado libremente>>*. Con dicha frase, secundada por otras que inciden en la misma dirección, consideramos que **la resolución recurrida ha justificado de forma suficiente el motivo por el cual debe considerarse a cada uno de los administradores como personas afectadas por la calificación culpable, esto es, por considerar que cada uno de ellos resulta responsable del resultado finalmente producido que ha determinado la calificación culpable, esto es, el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad.** Que no se entregara la documentación contable al AC no constituye otra cosa que un indicio que permite sostener aquella conclusión, de forma que no es esto lo relevante sino aquéello.

16. Es innegable que **puede modularse en qué grado cada uno de los administradores puede ser responsable de ese incumplimiento, particularmente cuando puede considerarse acreditado que, por acuerdo interno entre ellos, ese tipo de obligaciones propias del cargo de administrador habían sido asumidas de forma exclusiva por uno de ellos, el Sr. J.R.L.B., al menos durante el tiempo en el que compartió el cargo con los Sres. J.P.M. y E.M.M..** No obstante, y esto es lo significativo a estos efectos, que exista un más alto grado de responsabilidad de uno de ellos no permite excluir la responsabilidad de los demás, que hicieron dejación de sus obligaciones como administradores y confiaron en la gestión del Sr. J.R.L.B.. Por consiguiente, parece incuestionable que las consecuencias de la calificación culpable deben extenderse a todos los administradores, al menos a todos aquellos que ostentaban ese cargo en el momento al que se refieren las obligaciones incumplidas, lo que únicamente excluiría al Sr. J.M.A.T. Y no podemos compartir que pueda quedar exonerado de responsabilidad un administrador por el mero hecho de haberse desentendido del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo.

17. Por otra parte, aunque es dudoso si la extensión de la responsabilidad debía haber alcanzado al Sr. A.T., lo cierto es que por razones estrictamente procesales (nadie lo solicitó) la resolución recurrida no lo incluyó en la condena. Es indiferente que el motivo de esa exclusión sea tan trivial como el error material que se produjo en el escrito del Ministerio Fiscal, que probablemente quiso incluirlo pero en realidad se refirió a una persona distinta del administrador (que era el Sr. J.M.A.T.) y únicamente solicitó la condena del Sr. A.A.T., que no ostentaba aquella condición.

QUINTO. Sobre la responsabilidad concursal

18. La resolución recurrida condenó a los administradores Sres. J.P.M., E.M.M. y J.R.L.B. a pagar a los acreedores concursales, de forma solidaria, la suma de 145.753 euros, esto es, una parte del déficit concursal acumulado, concretamente un tercio, estimando que el importe total del déficit es de 437.261 euros. Tal condena se funda en el art. 172.3 LC (actual 172-bis) y en la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, particularmente las SSTs de 17 de noviembre, 23 de febrero y 6 de octubre 2011. Se justifica la condena en la gravedad de los incumplimientos imputados a los administradores.

19. Los recursos de los administradores cuestionan su condena e imputan a la resolución recurrida no haber realizado una imputación diferenciada, haber procedido a atribuir la responsabilidad de forma indiferenciada e indiscriminada y haber incurrido en contradicción con los propios argumentos que pretenden justificar la condena, pues si bien se afirma en ellos que la jurisprudencia ha desechado la idea de la responsabilidad-sanción, el juzgado mercantil termina haciendo aplicación de ella al no justificar la condena, esto es, no expresar cuáles son las razones que han llevado al juzgador a considerar que la conducta imputada a los administradores ha generado o agravado la insolvencia.

20. A partir de nuestras Sentencias de 23 de abril (Roj: SAP B 3547/2012) y 24 de abril de 2012 (Roj: SAP B 3499/2012), **dejamos de considerar, siguiendo los criterios que resultaban de la doctrina**

jurisprudencial de la Sala Primera (particularmente SSTs de 6 de octubre de 2011 y 17 de noviembre de 2011, posición ratificada por otras muchas posteriores, tales como las SSTs de 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012), **que la acción del art. 172.3 LC (actual art. 172-bis) se trate de una acción de daños**. No obstante, de ello no se deriva que hayamos pasado a considerarla como una responsabilidad sanción. Seguimos manteniendo **que su imposición no es automática como consecuencia de la consideración culpable sino que exige un juicio de imputación autónomo y añadido al de la culpabilidad del concurso**, aunque pueda nutrirse, al menos en una parte sustancial, de algunos de los elementos que determinaron la calificación culpable, tal y como resulta de esos criterios jurisprudenciales establecidos por la Sala Primera, y entre ellos los relativos a la medida en que el comportamiento culpable imputado haya podido generar o agravar la insolvencia.

21. En suma, seguimos sosteniendo que **debe hacerse un juicio de imputación de la responsabilidad en cada caso concreto, sin que la misma pueda resultar simplemente presumida o consecuencia directa de los hechos que determinan la calificación culpable**. En lo único que diferimos de nuestra posición anterior, siguiendo la tesis finalmente admitida por el TS, es en negar que los parámetros de ese juicio de imputación deban ser únicamente los propios de la responsabilidad por daños. De ello no se deriva que hayamos asumido la tesis de la responsabilidad-sanción sino que, huyendo de debates nominalistas, nos hemos limitado a ir definiendo cuáles son los criterios que permiten imputarla, partiendo de la idea de que se trata de una responsabilidad con perfiles propios y cuyos presupuestos son los que estrictamente establece el legislador.

En nuestra anterior Sentencia de 20 de febrero de 2013 (Rollo 301/2012) y en la posterior de 15 de abril de 2013 (SAP B 4377/2013), aludíamos a que el TS, en su primera sentencia realmente significativa sobre esta cuestión, la de **6 de octubre de 2011**, declara (extractamos las ideas relevantes para resolver el motivo de apelación) que:

a) *No cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC -hoy artículo 172 bis- a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º.*

b) *La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, "no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida".*

c) *Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.*

d) *En todo caso, no debe olvidarse que la norma del apartado 3 del art. 172 LC no debe concebirse como sancionadora en sentido estricto (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece "cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa".*

22. Esta concepción del régimen de responsabilidad concursal ha sido desarrollada en Sentencias posteriores del propio TS. La **STS de 16 de julio de 2012** condensa la doctrina establecida en los siguientes puntos:

a) **No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-**, sino de "un supuesto de responsabilidad por deuda ajena", cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

b) No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador.

c) La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que "si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso".

d) Es necesario -prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que "el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011".

23. Hechas las anteriores consideraciones afrontamos ahora las cuestiones concretas que los recursos plantean. No le falta algo de razón a los recurrentes cuando imputan a la resolución recurrida haber seguido la **tesis de la responsabilidad-sanción** (a pesar de que la propia resolución la descarta como admisible), al no haber justificado la condena de los administradores más que en la gravedad de la conducta que ha determinado la calificación culpable. Y la cuestión no está en que ése no pueda ser un criterio válido para justificar la imputación de la responsabilidad, como hemos visto que admite la jurisprudencia, sino en que, **si se utiliza como único criterio para imputar la responsabilidad, como ha ocurrido en el supuesto enjuiciado, puede parecer que la responsabilidad se constituye en una forma de sanción civil por la conducta.**

24. Creemos que **puede justificarse de otra forma la imputación de responsabilidad a los administradores, atendiendo a los criterios normativos que derivan de la conducta que ha determinado la calificación culpable.** Como hemos dicho en resoluciones anteriores, como nuestra Sentencia de 20 de julio de 2012 (Roj: SAP B 11606/2012) *<<cuando se producen conductas de irregularidades contables tan graves como la ausencia de contabilidad o de falta de colaboración con la AC, generalmente debemos partir de la regla de la imputación de todo el déficit patrimonial al administrador porque debe entenderse que esas conductas determinantes de la culpabilidad han podido ir dirigidas al ocultamiento de otras que sí han podido ser determinantes de la generación o el agravamiento de la insolvencia. Esa es la razón por la que el legislador presume en esos casos la culpabilidad en el concurso y esa misma razón debe ser tomada en consideración para hacer el juicio de imputación de la responsabilidad al administrador>>.*

Lo que queremos decir es que en esas conductas, en las que no es posible establecer un nexo causal directo entre ellas y la generación o el agravamiento de la insolvencia, debe entenderse que el legislador no solo establece una presunción legal de culpa sino, además, una presunción *iuris tantum* de nexo causal que permite, como regla, imputar a los administradores todo el déficit, sin perjuicio de la posibilidad de que los mismos puedan acreditar que la insolvencia fue imputable a causas ajenas a su conducta. En suma, que se habría producido una inversión de la carga de la prueba que determina que deba partirse de la imputación a los administradores de todo el déficit, admitiendo la posibilidad de moderar esa responsabilidad en función de la concurrencia de nexos causales que puedan resultar acreditados que permitan moderar o incluso excluir esa responsabilidad.

25. Incluso cuando seguíamos la postura de la responsabilidad del art. 172.3 LC como una responsabilidad por daños habíamos llegado a la misma conclusión aplicando la idea de la presunción *iusuris tantum* de nexo causal en los supuestos de conductas imputables a los administradores que no habían permitido a la AC poder determinar si la conducta de los administradores había determinado la generación o agravamiento de la insolvencia y en qué medida.

26. Por consiguiente, si el punto de partida es que existe plena justificación para haber podido imputar la totalidad del déficit concursal, particularmente cuando los administradores no han acreditado que el mismo sea consecuencia de causas distintas a su propia conducta, resulta más que justificado que únicamente se les haya imputado una parte de ese déficit, concretamente un tercio. De manera que, en realidad, la falta de justificación en la que incurre la resolución recurrida no está dirigida tanto a la imputación de la responsabilidad a los administradores, que puede considerarse implícitamente efectuada, como a su limitación a únicamente un tercio del déficit.

27. También es cierto que la resolución recurrida no discrimina con el necesario detalle la conducta imputable a cada uno de los administradores a título personal y les condena a todos ellos de forma solidaria, con lo que parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el art. 172-bis.1, pfo. 3.º LC, que obliga a individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos de acuerdo con su participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

No obstante, también consideramos que en el supuesto enjuiciado esa falta de discriminación era la única alternativa razonable, dado que la conducta que ha determinado la calificación culpable es imputable por igual a todos los administradores condenados, porque sobre todos ellos pesaba por igual la obligación de llevanza de la contabilidad, y porque no resulta posible determinar con una razonable seguridad los motivos que han llevado a apreciar la concurrencia de esa causa de culpabilidad, ante las recíprocas imputaciones que se han hecho entre sí los administradores. Esa incerteza creemos que justifica la condena solidaria.

SEXTO. Costas

28. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, que remite al art. 394 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante cuando, a pesar de haber sido desestimado el recurso, puedan ser apreciadas dudas de hecho o de derecho. En el supuesto enjuiciado apreciamos unas y otras. Las primeras, porque la pluralidad de administradores y las vicisitudes por las que pasó la sociedad antes de la declaración del concurso no permiten imputar con seguridad la responsabilidad a ninguno de los administradores, razón por la que se ha atribuido de forma conjunta. Y en cuanto a las dudas de derecho, porque la naturaleza de esta responsabilidad ha sido objeto de una amplia discusión que se ha visto plasmada en criterios jurisprudenciales (al menos de la llamada "jurisprudencia menor") muy discrepantes.

También debe tomarse en consideración a estos efectos que, aunque la resolución recurrida finalmente se confirme, los criterios que han conducido a este tribunal a ello no coinciden estrictamente con los plasmados en la misma.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 323/2013, de 6 de Septiembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Respecto el artículo 164.2 1º LC, la información contable en soporte informático no puede suplir a los libros oficiales debidamente legalizados, ya que éstos constituyen una garantía de autenticidad que persigue la no manipulación o falseamiento contable. Asimismo, llevar la contabilidad correctamente en ejercicios anteriores, no permite inferir la regularidad de cuentas de años posteriores.

Acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165 LC (en este caso, la **demora en la solicitud del concurso**), opera la presunción *iuris tantum* de que el deudor actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

Respecto a la **responsabilidad concursal de los administradores sociales** contemplada en el artículo 172 bis LC, si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha incidido en la agravación de la insolvencia y es posible precisar en qué medida lo ha hecho, puede tomarse en consideración para cuantificar la condena un porcentaje del déficit concursal (lo que se incrementó el pasivo) en el periodo de tiempo que medió entre el momento en que se reveló la insolvencia y la fecha en que se solicitó el concurso).

Notas:

Referencia el criterio jurisprudencial reiterado del TS sobre el dolo de los administradores sociales (STS 20 de junio de 2012), y sobre la responsabilidad concursal de los administradores sociales (STS 16 de julio de 2012).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia califica el concurso de MARC., S.L. como culpable por la falta de contabilidad y por la demora en la calificación de concurso. Según señala la sentencia, a la administración concursal no se le entregaron los libros de contabilidad. El *juez a quo*, por otro lado, no tiene por acreditada la sustracción de los libros denunciada por los demandados.

En cuanto a la demora en la solicitud de concurso, la sentencia acoge el criterio de la administración concursal y fija la insolvencia a finales del mes de enero de 2008. En ese momento habían vencido créditos por 384.507,46 euros y la concursada comenzó a no atender las cuotas de la TGSS. Por tanto, el concurso debió presentarse como muy tarde el 1 de abril de 2008, incumpliendo la obligación legal dado que no se solicitó hasta el mes de abril de 2009.

La sentencia declara personas afectadas por la calificación a los hermanos F.U., miembros del consejo de administración. Absuelve, por el contrario, a Don Arturo Font, Presidente del Consejo, por no haber ejercido como tal consejero, circunstancia que tiene acreditada por su avanzada edad -89 años- y su delicado estado de salud. Por último condena a los demandados de forma solidaria al pago del 18% del pasivo concursal.

SEGUNDO.- La concursada y los demandados recurren en apelación la sentencia por entender que no concurren las causas determinantes de la culpabilidad y, en consecuencia, que el concurso debía calificarse como fortuito. En segundo lugar, consideran que las personas afectadas por la calificación no han incurrido en dolo o culpa grave y, por tanto, que no procede su condena. En apoyo de tal alegación aluden a las distintas aportaciones realizadas por los miembros del Consejo. En particular, la recurrente alega que Don L.F.U. debe ser exonerado, dado que presentó su renuncia al cargo el 4 de febrero de 2008. Por último se oponen a la declaración de responsabilidad, que entienden ha de ser excluida o, a lo sumo, moderada.

También recurre en apelación ANA., S.L., que impugna, en primer lugar, la absolución de Don A.F.R. En segundo lugar censura que no se haya condenado a los demandados a la devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor. Y, por último, recurre la condena a los administradores, interesando se eleve la cantidad de la que deben responder a entre un 50% y un 75% del déficit concursal.

TERCERO.- El artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad cuando el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el **artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de**

concurso como culpable “en todo caso”, en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

El artículo 25 del Código de Comercio, por su parte, dispone que “todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario”.

CUARTO.- La concursada considera que la falta de aportación de los libros de contabilidad no puede equipararse, como sostiene la sentencia apelada, a la ausencia total de contabilidad. E insiste que los libros fueron sustraídos con ocasión del conflicto laboral que padeció la empresa. Pues bien, tal y como señala el *juez a quo*, las denuncias aportadas por la concursada (documentos uno y dos de la oposición, folios 102 y siguientes) relatan una sustracción de material por parte de empleados de MARC., S.L. Sin embargo, entre el material sustraído no se reseñan expresamente los libros contables. No podemos aceptar, por tanto, que la contabilidad se llevara en legal forma y que no se aportó por haber sido robada.

Concorre, por tanto, el supuesto contemplado en el artículo 164.2º.1º de la Ley Concursal. Es cierto, tal y como admitió la administración concursal en su informe (página 19 del anexo 2), que **la administración concursal pudo analizar en soporte informático el diario de los ejercicios 2008 y 2009, los balances trimestrales, las pérdidas y ganancias, y las cuentas de mayor de esos mismos ejercicios. Ello no obstante esa información no puede suplir a los libros oficiales debidamente legalizados. La legalización constituye una garantía de autenticidad que persigue impedir que la contabilidad sea manipulada o falseada.** La administración concursal, además, sostiene que aquella información era insuficiente y manipulable.

El que la contabilidad se hubiera llevado en los ejercicios 2005 y 2006, que se hubieran auditado las cuentas anuales de esos ejercicios y que se llegaron a formular las cuentas del año 2007, no permite inferir, como mantiene la recurrente, que la contabilidad también se llevara en legal forma durante los años 2007 y 2008. Por todo ello, desestimamos el primero de los motivos de impugnación.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la demora en la solicitud del concurso, el artículo 165 de la Ley Concursal 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, “hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso”. La norma nos remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. **Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2.**

La concursada no cuestiona que a finales del mes de enero de 2008 los créditos vencidos e impagados ascendían a la cantidad de 384.457 euros –el pasivo declarado con la solicitud fue de 1.920.181,40 euros-. Tampoco cuestiona que en aquella fecha había incumplido sus obligaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social. Por tanto es correcto concluir que por entonces se reveló la insolvencia, al concurrir, cuando menos, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 2.4º, apartado cuarto. El que un año después –el 13 de febrero de 2009- se lograra un aplazamiento de la deuda no excluye que el hecho revelador de la insolvencia se produjera y, por tal motivo, el deudor incumpliera el deber de solicitar el concurso.

SEXTO.- En cuanto a si la **demora agravó o no la insolvencia**, debemos recordar que este tribunal, con un breve intervalo en el que cambió de criterio al albur de la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Supremo, ha vuelto a su postura inicial en orden a la interpretación de la presunción del artículo 165. Como dijimos en sentencia de 20 de febrero de 2013 (Rollo 301/2012), creemos que **el TS ha matizado el alcance**

del art. 165 LC en las STS de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012, proyectando la presunción del precepto tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el art. 164.1 LC, salvo prueba en contrario.

La STS de 20 de junio de 2012 que se apoya en la de 21 de mayo anterior, señala que el art. 165 constituye una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1, y contiene la presunción *iuris tantum* de la concurrencia de culpa grave o dolo, “no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia”, de modo que –prosigue-, “tanto si se entiende que la presunción legal “*iuris tantum*”, por la necesidad de evitar esfuerzos probatorios desmedidos, cumple funciones de identificación del tema necesitado de prueba, como si se considera que lo que hace es provocar un desplazamiento del “*onus probandi*”, o ambas cosas a la vez, la conclusión ha de ser que el Tribunal de apelación aplicó correctamente el artículo 164, apartado 1, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso”.

Es racional concluir a tenor de este planteamiento que, acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165, opera la presunción *iuris tantum* de que con tales conductas, descritas por este precepto, el deudor o en su caso su representante legal actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

En el presente caso, acreditada la demora en la solicitud de concurso, entra en juego dicha presunción; y la recurrente no ha acreditado que el retraso no incidiera en la agravación de la insolvencia. Antes al contrario, consta que el pasivo se incrementó en una cantidad relevante, como reseña la sentencia de instancia.

SÉPTIMO.- La sentencia de instancia declara personas afectadas por la calificación a quienes son o han sido miembros del consejo de administración de la concursada, a excepción de Don A.F.R. La parte demandada impugna la sentencia y solicita se excluya a Don L.F.U., que renunció al cargo el 4 de febrero de 2008, pretensión que debe ser acogida. El cese se produjo quince meses antes de declararse el concurso y cuando la situación de insolvencia no se había revelado con claridad –la administración concursal la sitúa “a finales del mes de enero de 2008”, esto es, coincidiendo prácticamente con la renuncia-. Ha de tenerse presente que la calificación del concurso como culpable se asocia en el artículo 164.1º de la Ley Concursal, en términos generales, con el dolo o culpa del deudor o sus representantes en la generación o agravación de la situación de insolvencia. **Aun cuando pueden resultar afectados por la calificación quienes hubieran sido administradores dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, dado que a Don L. F.U. no puede atribuírsele ninguna responsabilidad en la demora en la solicitud de concurso y en la agravación de la insolvencia, entendemos que tampoco ha de resultar afectado por la calificación.**

En situación distinta se encuentran los otros miembros del consejo de administración que han resultado condenados y a quienes ha de atribuirse la responsabilidad en todas las conductas que han dado lugar a la culpabilidad. Las aportaciones que hayan realizado a la sociedad podrán valorarse, en su caso, a la hora de analizar la condena de los administradores a cubrir el déficit concursal (artículo 172.3º de la LC, hoy artículo 172 bis). No son relevantes, por el contrario, para eximir las personas afectadas por la calificación.

OCTAVO.- ANA., S.L., por su parte, recurre la absolución de Don A.F.R., Presidente del Consejo de Administración de MARC., S.L.. Según la sentencia de instancia, la elevada edad del demandado (89 años) y su delicado estado de salud “permiten suponer mermadas sus capacidades intelectuales y volitivas para asumir las obligaciones y consiguiente responsabilidad de administración de una compañía en crisis desde enero de 2008”.

Coincidimos en este punto con las alegaciones de la recurrente y, por ello, hemos de estimar el recurso. No podemos obviar, en primer lugar, que el Sr. A.F.R., además de Presidente del Consejo, es el accionista mayoritario de la compañía. En el año 2008, cuando tenía 85 años, fue renovado en su cargo. **La avanzada**

edad, por sí sola, no permite deducir incapacidad para ejercitar el cargo y, en consecuencia, para desempeñar las obligaciones como administrador. Los informes médicos aportados con el escrito de oposición (folios 2009 y siguientes), por otro lado, tampoco refieren un estado de salud invalidante. De ellos se deduce que el demandado ha sido intervenido de cataratas y que padece del corazón y de la próstata. No acreditan, en absoluto, que en el año 2008, cuando fue renovado como miembro del Consejo, estuviera incapacitado.

En definitiva, no ha quedado probado que el Sr. A.F.R. tuviera un cargo "honorífico", como sostienen los demandados, y que estuviera alejado de la gestión. Por todo ello, con estimación del recurso, también ha de quedar afectado por la calificación del concurso.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la responsabilidad concursal de los administradores del artículo 172.3º de la LC (hoy, artículo 172 bis), el criterio que venía manteniendo este tribunal, basado en la necesidad de apreciar un nexo causal entre la conducta determinante de la calificación y la generación o agravación de la insolvencia, ha sido modificado a raíz de la doctrina del TS, actualmente ya perfilada, sobre la naturaleza del régimen de responsabilidad concursal. La sentencia aplica correctamente esa doctrina del TS sobre la naturaleza y consecuencias de la acción de responsabilidad, doctrina sentada a partir de la STS de 6 de octubre de 2011, que luego ha sido reiterada y completada por las de 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012.

En nuestra anterior sentencia de 20 de febrero de 2012 (Rollo 301/2012), aludíamos a que en aquella primera STS significativa (6 de octubre de 2011), el TS declara (extractamos las ideas relevantes para resolver el motivo de apelación) que:

a) No cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC –hoy artículos 172 bis- a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º.

b) La condena de los administradores a pagar, en todo o en parte, el importe de los créditos que los acreedores no perciban en la liquidación de la masa activa, a la que se refiere el art. 172.3 LC, *"no es, según la letra de la norma, una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida"*.

c) Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.

d) En todo caso, no debe olvidarse que la norma del apartado 3 del art. 172 LC no debe concebirse como *sancionadora en sentido estricto* (STS 56/2011 de 23 de febrero, y 615/2011 de 12 de septiembre), dado que la responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales que la misma establece *"cumple una función de resarcimiento del daño que indirectamente fue causado a los acreedores [...], en una medida equivalente al importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa"*.

Esta concepción del régimen de responsabilidad concursal ha sido desarrollada en Sentencias posteriores, que condensa la STS de 16 de julio de 2012:

a) No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino de *"un supuesto de responsabilidad por deuda ajena"*, cuya exigibilidad requiere:

ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.

b) *“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador, extremo este que seguidamente abordaremos”.*

c) La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *“si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”.*

Esta interpretación no descarta -apuntamos nosotros- que si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance.

d) Es necesario -prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011”.*

DÉCIMO.- La concursada y demás afectados por la calificación interesan que se les exima de responsabilidad y, subsidiariamente, que se modere. Asimismo interesan que se establezca como límite máximo la suma de 443.828 euros, cantidad que representa el 18% del déficit de la compañía fijado en la sentencia. En apoyo de tales pretensiones alegan, en primer lugar, que no es correcto concluir que el concurso debería haberse presentado el 1 de abril de 2008, alegación que ya hemos rechazado. Y, en segundo lugar, que buena parte del pasivo generado durante la demora -1.009.281,80 euros- responde a préstamos a la sociedad realizados por los miembros del Consejo de Administración.

ANA., S.L., por el contrario, atendida la gravedad de las conductas, solicita se condene a los demandados al pago del 100% del déficit concursal y, subsidiariamente, a un porcentaje no inferior al 50%. En su oposición al recurso de la concursada rechaza que se establezcan límites cuantitativos a la condena.

Planteados los términos del debate, estimamos acertado el criterio del *juez a quo*. La sentencia de instancia condena a los administradores de la concursada al pago del 18% del déficit concursal. En ese porcentaje se incrementó el pasivo en el periodo de tiempo que medió entre el momento en que se reveló la insolvencia y la fecha en que se solicitó el concurso. Ha de tenerse presente, de un lado, que el incumplimiento sustancial de las obligaciones contables dificulta el análisis de otras conductas relevantes para la calificación del concurso. Como señalamos en nuestra anterior Sentencia de 20 de julio de 2012 (Roj: SAP B 11606/2012) *<<cuando se producen conductas de irregularidades contables tan graves como la ausencia de contabilidad o de falta de colaboración con la AC, generalmente debemos partir de la regla de la imputación de todo el déficit patrimonial al administrador porque debe entenderse que esas conductas determinantes de la culpabilidad han podido ir dirigidas al ocultamiento de otras que sí han podido ser determinantes de la generación o el agravamiento de la insolvencia”.* Ciertamente y por otro lado, la

administración concursal ha dispuesto de información contable en soporte informático que le ha permitido, no sin complicaciones, analizar los datos y circunstancias relevantes para la tramitación del concurso.

No es controvertido y resulta de la certificación emitida por el BANCO GUIPUZCOANO (folio 226) que los socios y miembros del Consejo de Administración aportaron a la sociedad 1.926.292,45 euros. De esa cantidad aproximadamente 700.000 euros se transfirieron durante los meses previos a la declaración del concurso, cuando ya se había manifestado la situación de insolvencia. Ello ha de redundar en beneficio de los demandados, dado que tales aportaciones mitigaron las consecuencias de la demora en la solicitud del concurso y limitaron la agravación de la insolvencia. Por ello estimamos ajustada la condena al pago del 18% del déficit concursal, sin establecer límites de cantidad, dado que el total de los créditos concursales ha resultado ser muy superior a los créditos vencidos en el momento en que se declaró el concurso (5.394.626,05 euros, de los que 2.126.700 euros es crédito subordinado). Como se viene exponiendo, **si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha incidido en la agravación de la insolvencia y es posible precisar en qué medida lo ha hecho, entendemos que ese resultado puede tomarse en consideración para cuantificar la condena.**

En consecuencia, debemos estimar parcialmente ambos recursos. Rechazamos de plano, en cualquier caso, la condena a los demandados a “devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor”, petición en la que insiste ANA., S.L. y que no pudo prosperar, pues no consta que aquéllos hayan recibido nada de la masa activa.

DECIMOPRIMERO.- Al estimarse parcialmente ambos recursos, no se imponen las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 350/2013, de 8 de Octubre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El **deber legal de llevar una contabilidad ordenada** pervive mientras la sociedad no se disuelva y se liquide; no finaliza por el mero hecho de que el la sociedad abandone su actividad ordinaria (deberes formales y otros apuntes contables necesarios).

Se incurre en **inexactitud grave en los documentos acompañados** a la solicitud de concurso (164.1 2º LC) cuando, conocido el informe de la administración concursal, se verifica que la relación de acreedores presentada por el deudor difiere sustancialmente de la lista incorporada a dicho informe.

Notas: Cita la reiteración en la materia del Tribunal Supremo; STS de 6 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que acoge en parte los argumentos de la administración y del Ministerio Fiscal, califica el concurso de TER. INT., S.L. como culpable por la falta de contabilidad y por inexactitud grave en los documentos acompañados a la solicitud. Según refiere la sentencia, desde enero de 2009 –el concurso se declaró el 4 de octubre de 2010–, la concursada no ha realizado ningún apunte contable, circunstancia que no se explica por el mero hecho de haber cesado en su actividad.

En cuanto a la inexactitud grave en los documentos aportados con la solicitud del concurso, el *juez a quo* considera que la discrepancia en la relación de acreedores presentada por el deudor y la lista elaborada por la administración concursal, que difieren en un 59% en el importe total del pasivo, justifica la declaración de

culpabilidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164.2-2º de la Ley Concursal.

La sentencia de instancia, además, declara la responsabilidad concursal de los dos administradores de la compañía, a quienes condena al pago del 20% del déficit concursal. Asimismo les inhabilita por un periodo de cuatro años y les condena a la pérdida de los derechos que tuvieran como acreedores concursales o contra la masa.

SEGUNDO.- A pesar de que tanto TER. INT., S.L. como sus dos administradores se opusieron a la calificación, compareciendo en el incidente asistidos por distintos letrados, la sentencia sólo es recurrida por la concursada. Alega la recurrente, en primer lugar, que la sentencia es incongruente, al haber alterado los términos del debate tal y como quedaron delimitados en el informe de la administración concursal. Por otro lado y en cuanto al fondo del asunto, insiste en argumentos que ya invocó en el escrito de oposición. Así y por lo que se refiere a la contabilidad, aun cuando admite que, efectivamente, TER. INT., S.L. no dispone de libros contables de los ejercicios 2009 y 2010, no cabe hablar de "incumplimiento sustancial", dado que cesó en su actividad el 1 de enero de 2009, cuando despidió a todos sus trabajadores.

Rechaza, asimismo, que el concurso pueda declararse culpable por inexactitud grave en el listado de acreedores. Considera la apelante que la relación de acreedores se elaboró "con total diligencia", que colaboró en todo momento con la administración concursal, que sólo un 20% de los acreedores comunicó sus créditos y que no ha existido ocultación. También cuestiona el importe de alguno de los créditos reconocidos en la lista.

La concursada también realiza alguna consideración sobre las otras conductas recogidas en el informe de la administración concursal y que, sin embargo, no fueron estimadas en la sentencia, como la demora en la solicitud de concurso y la falta de colaboración. Precisamente por haber sido refutadas en la sentencia de instancia, no entraremos a analizarlas.

TERCERO.- El deber de congruencia, que la recurrente considera infringido, se resume en la **necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* y la causa de pedir, y el fallo de la sentencia.** La congruencia, como requisito ineludible de la función judicial, está contemplada en términos generales en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Forma parte de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución, en tanto en cuanto afecta al principio de contradicción. **Una modificación sustancial de los términos del debate procesal se traduce, lógicamente, en indefensión para las partes.**

La concursada sostiene que la sentencia se ha apartado de la cuestión litigiosa, tal y como quedó planteada a partir del informe de la administración concursal. A su entender, el debate se limita a determinar la relación causal entre la conducta del administrador y la insolvencia, alegación que no compartimos en absoluto. La recurrente extrae una parte del informe de la administración concursal, la descontextualiza y constriñe los términos del debate de forma inaceptable. La sentencia y, fundamentalmente, el fallo, se ajusta perfectamente a lo pedido por las partes. En el informe se expuso con claridad y precisión las conductas en las que había incurrido la demandada y la sentencia, siguiendo el mismo orden, acogió unas y descartó otras.

CUARTO.- Entrando, por tanto, en las causas que han determinado la calificación del concurso como culpable, la sentencia concluye que la concursada incumplió sustancialmente sus obligaciones contables. Debe recordarse, a estos efectos, que el artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad cuando *"el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara"*. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable "en todo caso", en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

El artículo 25 del Código de Comercio, por su parte, dispone que “todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario”.

Pues bien, dado que no es controvertido que con el cese de la actividad, en el mes de enero de 2009, la concursada dejó también de llevar sus libros contables, es evidente que incurrió en causa de culpabilidad. **El deber legal de llevar una contabilidad ordenada pervive mientras la sociedad no se disuelva y liquide. No finaliza por el mero hecho de que el la sociedad abandone su actividad ordinaria.** Además de subsistir los deberes formales, el cese de la actividad, lógicamente, no implica que concluya abruptamente cualquier movimiento contable. Es lógico pensar que se produzcan movimientos de caja, amortizaciones, pagos, gastos de conservación del activo, liquidación de elementos del inmovilizado y otros hechos que motiven apuntes contables.

QUINTO- También coincidimos con el *juez a quo* cuando aprecia que la concursada incurrió en la conducta prevista en el artículo 164.1-2º, que sanciona con la culpabilidad al deudor que “*hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos*”. Tampoco es controvertido que el valor de los créditos incluidos en la relación de acreedores presentada con la solicitud - 1.858.661,42 euros- difiere del reflejado en la lista de acreedores -2.959.607,67 euros-. **El importe total de los créditos reconocidos en el concurso representa una cantidad un 59% superior a la declarada por la concursada en la solicitud. Se trata, en definitiva, de una discrepancia de envergadura y, por tanto, grave, a los efectos establecidos en el precepto transcrito, máxime si tenemos en cuenta que la sociedad se mantuvo inactiva durante los veinte meses previos a la solicitud de concurso.**

Ante semejante divergencia, no es relevante que el deudor haya colaborado o no con la administración concursal. Tampoco si ha existido o no intención de ocultar pasivos. La conducta típica se da cuando, conocido el informe de la administración concursal, se verifica que la relación de acreedores presentada por el deudor difiere sustancialmente de la lista incorporada a dicho informe. No advertimos, por otro lado, ninguna circunstancia que justifique esa divergencia.

No es posible cuestionar ahora el importe de los créditos que aparecen reconocidos en los textos definitivos y que no consta que fueran impugnados, como hace ahora la apelante en relación con el crédito de la Agencia Tributaria.

Por todo lo expuesto, debemos confirmar íntegramente la sentencia apelada. Como hemos adelantado, no entramos a analizar las alegaciones de la recurrente en relación con la demora en la solicitud de concurso o el incumplimiento del deber de colaboración, dado que tales conductas ya fueron refutadas en primera instancia. Tampoco revisamos el pronunciamiento de responsabilidad de los administradores o los años de inhabilitación, que no han sido impugnados.

SSEXTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse a la apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 369/2013, de 22 de Octubre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Si las irregularidades contables inciden en la comprensión de la situación patrimonial y financiera, supondrán causa en la **calificación culpable del concurso** (164.2 1º LC). Se incurrirá en inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud (164.1 2º

LC) cuando se lleve a cabo la inclusión en el inventario, existencias o productos terminados que no existían.

El impago reiterado de la renta no está contemplado en el artículo 2.4º de la Ley Concursal como **hecho revelador de la insolvencia**. Además, un incumplimiento esporádico, simple o aislado en el pago corriente de las obligaciones, no puede servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario, ya que éste debería ser actual, definitivo, generalizado y completo.

Notas: Cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS de 20 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que acoge en parte la pretensión formulada por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, califica el concurso de AR., S.A. como culpable por irregularidades contables relevantes, inexactitud grave en los documentos acompañados con la solicitud y demora en la solicitud de concurso. En cuanto a las irregularidades contables, la sentencia considera como tales la inclusión en los balances de la compañía, cerrados a 31 de febrero de 2008 y 28 de febrero de 2009, de unos resultados de ejercicios anteriores que no se ajustan a la realidad.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la inexactitud grave en los documentos acompañados por el deudor, la diferencia entre los valores del inventario presentado por el concursado y los que figuran en el informe de la administración concursal justifica también la calificación del concurso como culpable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164.2.2º de la Ley Concursal.

Por último la sentencia de instancia concluye que la concursada incurrió en demora en la solicitud de concurso (artículo 165.1º de la LC., en relación con el artículo 5.1º de dicha Ley). De acuerdo con el criterio de la administración concursal, el *juez a quo* sitúa la insolvencia el 25 de marzo de 2008, dado que desde agosto de 2007 AR., S.A. no abonaba la renta y en aquella fecha dejó de atender un efecto comercial de 999,09 euros.

La sentencia declara personas afectadas por la calificación a los cuatro miembros del consejo de administración –Don D.E., J.R., P.A. y E.R.–, a quienes, además de imponer las sanciones de inhabilitación y pérdida de derechos como acreedores concursales o contra la masa, condena a abonar solidariamente 156.579,34 euros, cantidad en la que se estima la agravación de la insolvencia por el retraso en la solicitud de concurso.

La sentencia es recurrida por la concursada y los demandados comparecidos. Niegan, en primer lugar, que concurran las tres causas determinantes de la culpabilidad. Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad de los administradores, consideran que la sentencia aplica incorrectamente el artículo 172.3º de la Ley Concursal –vigente cuando se presentó el informe–, que exige un nexo causal entre la conducta del administrador y la generación o agravación de la insolvencia. Por último, Pere P.A. y Evaristo Solanas, que renunciaron al cargo el 28 de julio de 2008, además de negar la demora en la solicitud de concurso –única conducta que se les imputa–, consideran que no se les puede condenar solidariamente con el resto de administradores, sino, en su caso, el pasivo generado desde el momento en que debió solicitarse el concurso –el 25 de mayo de 2008, según la sentencia de instancia– y la renuncia al cargo.

SEGUNDO.- En cuanto a las irregularidades contables, el artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad cuando el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el **artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable “en todo caso”, en atención,**

tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

Los recurrentes no niegan la irregularidad contable constatada por el *juez a quo*, si bien entienden que, o no reviste gravedad o no ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial de la empresa. Por ello debemos tener por incontrovertido que, declarado el concurso en marzo de 2009, en el balance cerrado a 31 de diciembre de 2008 la concursada incluyó en el activo unos resultados de ejercicios anteriores positivos por importe de 54.093,46 euros, cuando, en el ejercicio 2007, según resulta de las cuentas anuales, se consignaron unas pérdidas acumuladas de 51.943,85 euros (documento uno del informe, al folio 255). De igual modo, en el balance de situación cerrado a 28 de febrero de 2009 se contabilizó unos resultados positivos por importe de 109.190,67 euros (folio 262), cuando el beneficio del ejercicio 2008 fue de 49.097,20 euros. Fuera de esa irregularidad, el administrador concursal expresó en su informe una opinión favorable respecto de la contabilidad y de las cuentas anuales de los ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En contra de lo alegado por las apelantes, **la irregularidad es relevante e incide en la comprensión de la situación patrimonial y financiera**. La irregularidad es doble: de un lado, se incluye en el activo los resultados de ejercicios anteriores, cuando han de figurar en el pasivo. Y, de otro, los importes consignados no responden a la realidad, pues han sido desmentidos por las cuentas anuales. No podemos aceptar, como sostiene D.E. en su recurso, que la irregularidad se solventa con un “mero traslado mental” del activo al pasivo. Lo que la recurrente viene a admitir, con semejante afirmación, es que la irregularidad es relevante. En términos estrictamente económicos, además, **representa casi un 25% del importe total del activo**.

En consecuencia, debemos confirmar el criterio de la sentencia de instancia.

TERCERO.- También coincidimos con el *juez a quo* cuando aprecia que la concursada incurrió en la conducta prevista en el artículo 164.1-2º, que sanciona con la culpabilidad al deudor que *“hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”*. La **inexactitud** afecta el inventario de bienes y derechos, que fueron valorados en 305.281,36 euros –salvado el error en que incurrió la administración concursal en el valor de los productos terminados-, cuando en el informe se tasan en 35.482,71 euros. La diferencia es sustancial y no se explica acudiendo a los argumentos esgrimidos por las recurrentes, como la depreciación de activos o diferentes criterios de valoración.

En realidad, como afirma la administración concursal, el problema no es sólo de avalúo de activos, sino de **inclusión en el inventario de existencias o productos terminados que, en verdad, no existían**.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la **demora**, el artículo 165 de la Ley Concursal 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, *“hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso”*. La norma nos remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, **se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2**.

En cuanto a si la demora agravó o no la insolvencia y el alcance de la presunción, debemos recordar que este tribunal, con un breve intervalo en el que cambió de criterio al albur de la doctrina que ha venido sentando el **Tribunal Supremo**, ha vuelto a su postura inicial en orden a la interpretación de la presunción del artículo 165. Como dijimos en sentencia de 20 de febrero de 2013 (Rollo 301/2012), creemos que el TS ha matizado el alcance del art. 165 LC en las STS de 21 de mayo y de 20 de junio de 2012, proyectando la **presunción del precepto tanto sobre el dolo o la culpa grave como sobre la generación o agravación de la insolvencia a partir de las conductas que la norma describe, de tal modo que, concurriendo éstas, debe presumirse que han contribuido al resultado que contempla el art. 164.1 LC, salvo prueba en**

contrario.

La STS de 20 de junio de 2012 que se apoya en la de 21 de mayo anterior, señala que el art. 165 constituye una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1, y contiene la presunción *iuris tantum* de la concurrencia de culpa grave o dolo, "no en abstracto, sino como componente subjetivo integrado en el comportamiento a que se refiere el apartado 1 del artículo 164, esto es, del que produjo o agravó la insolvencia", de modo que –prosigue–, "tanto si se entiende que la presunción legal "iuris tantum", por la necesidad de evitar esfuerzos probatorios desmedidos, cumple funciones de identificación del tema necesitado de prueba, como si se considera que lo que hace es provocar un desplazamiento del "onus probandi", o ambas cosas a la vez, la conclusión ha de ser que el Tribunal de apelación aplicó correctamente el artículo 164, apartado 1, sirviéndose para ello de la presunción legal que sanciona el 165, regla primera, a partir del sospechoso comportamiento de la deudora de retrasar injustificadamente la solicitud de ser declarada en concurso".

Es racional concluir a tenor de este planteamiento que, acreditada alguna de las conductas que describe el art. 165, opera la presunción *iuris tantum* de que con tales conductas, descritas por este precepto, el deudor o en su caso su representante legal actuó con dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia.

QUINTO.- Como hemos expuesto, la sentencia de instancia acoge el criterio de la administración concursal y sitúa la insolvencia el 25 de marzo de 2008, por lo que el concurso debería haberse presentado el 25 de mayo de ese mismo año, cuando no se solicitó hasta el 12 de marzo de 2009. En aquella fecha la concursada dejó de atender un efecto librado por INT. LEA., S.L. por importe de 999,09 euros. Antes, en agosto de 2007, AR., S.A. había dejado de abonar el alquiler de la nave que ocupaba en régimen de arrendamiento. Aun cuando la concursada afirmó que había alcanzado un acuerdo con la propiedad, el juez *a quo* considera que ese acuerdo no había quedado acreditado.

Coincidimos con los recurrentes que **dos únicos acreedores, y uno de ellos por una cantidad exigua –no llega a los mil euros–, no evidencian una situación de insolvencia.** Como indicamos en el fundamento anterior, se presume que el deudor conoce su estado de insolvencia cuando acaece alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario. El impago reiterado de la renta no está contemplado en el artículo 2.4º de la Ley Concursal como hecho revelador de la insolvencia. Tampoco concurría el 25 de marzo de 2008 una situación de **sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones, que hemos interpretado reiteradamente ha de ser actual, definitivo, generalizado y completo.** No es suficiente, por tanto, un incumplimiento esporádico, simple o aislado.

A todo ello hemos de añadir que la administración concursal no ha cuestionado que la deuda con INT. LEA., S.L. se saldó poco después.

SEXTO.- Aun admitiendo que, a partir de los datos aportados por la administración concursal y los que resultan de las actuaciones, pudiéramos situar la insolvencia en una fecha distinta, más próxima a la solicitud del concurso, entendemos que no ha quedado acreditada la demora y, en definitiva, el incumplimiento del deber legal establecido en el artículo 5 de la Ley Concursal.

La administración concursal señala que, en el mes de mayo, la concursada incumplió con su principal proveedor, TAP. PI., S.A., dejando de atender dos recibos por un importe total de 6.218,70 euros. Asimismo desatendió dos facturas con INT. LEA., S.L. por 2.255,95 euros. Ello no obstante, la administración concursal no cuestiona, al oponerse a la apelación, que **esa deuda comercial apenas representaba el 4% del total del pasivo**, que con el principal acreedor cumplió regularmente los vencimientos posteriores a mayo de 2008 y que la póliza con el BANCO SABADELL, a la que se hace referencia en el informe, se atendió puntualmente hasta la declaración de concurso.

La administración concursal también reseña el impago de una cuota de la TGSS en el mes de agosto de

2008. Sin embargo los demandados opusieron que sólo se dejó de atender un recibo de la cuota patronal y que el resto de las cotizaciones se atendieron, extremo que tampoco sea cuestionado. Como tampoco ha cuestionado la administración concursal que en la fecha en que situó la insolvencia AR., S.A. estuviera al corriente en el pago de salarios e impuestos y que no pesaba sobre su patrimonio ningún embargo.

SÉPTIMO.- En definitiva, dado que la culpabilidad no puede sustentarse en la demora en la solicitud de concurso, única conducta que se imputó a Pere P.A. y a E.R. –renunciaron al cargo el 28 de julio de 2008-, hemos de estimar su recurso de apelación, absolviéndoles libremente.

Por otro lado, la sentencia apelada únicamente anuda la responsabilidad de los administradores al retraso en la solicitud de concurso. Por ello también hemos de acoger en parte el recurso de apelación formulado por la concursada y Don D.E., dejando sin efecto la condena a los administradores al pago solidario de 156.579,34 euros. Por último, por lo que se refiere a la inhabilitación, atendidas las conductas que han motivado la culpabilidad, debemos limitarla al mínimo legal de dos años.

OCTAVO.- No procede imponer las costas del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco han de cargarse a la masa las costas generadas en primera instancia a quienes finalmente han resultado absueltos, dadas las dudas de hecho suscitadas (artículo 394 de la citada Ley).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 391/2013, de 30 de Octubre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En virtud del artículo 170.1º LC, los terceros admitidos como parte en la sección sexta no pueden ejercitar pretensiones distintas a las formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal y sostenerlas con autonomía.

El **uso incorrecto o irregular de algunas cuentas** o hacer asientos en cuentas indebidas, siempre que sea en términos escasos y opere sólo en el plano contable, no distorsiona, dificulta o impide conocer la situación patrimonial de la empresa (164.2.1º LC).

En cuanto a la **demora en la presentación del concurso**, sólo el incumplimiento de las obligaciones tributarias exigibles o de las cuotas de la Seguridad Social durante tres meses, constituye un hecho revelador de la insolvencia, conforme al artículo 2.4.4º LC. Por otro lado, de un **fondo de maniobra negativo** no es posible deducir la situación de insolvencia concursal, sobre todo cuando la sociedad desarrolla su actividad de manera satisfactoria.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia: STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La sentencia de instancia califica el concurso de HAN. DES. GRO., S.L. como fortuito. Tras analizar el informe de la administración concursal y la oposición de la concursada, la sentencia concluye que las irregularidades contables denunciadas por la administración concursal (artículos 164.2º-1º de la LC) no eran relevantes y no habían impedido conocer la situación patrimonial y financiera de la empresa.

En cuanto a la segunda de las conductas atribuidas a la concursada –la simulación de una situación patrimonial ficticia (artículo 164.2º.6º)-, la *juez a quo* considera que afectaba a elementos de escaso valor –

ordenadores y aplicaciones informáticas- y que la simulación, más que patrimonial, era contable, dado que aquellos bienes se incluyeron en el inventario.

Por último la sentencia también rechaza que la concursada incurriera en demora en la solicitud de concurso, dado que los únicos impagos que se invocaron como reveladores de la insolvencia –a la TGSS y a AEAT- tuvieron lugar en octubre de 2011, cuando el concurso se presentó en diciembre.

Por último la sentencia limita el papel de los acreedores personados en la pieza de calificación. Según la *juez a quo* pueden presentar alegaciones, proponer prueba y recurrir en apelación. Por el contrario, no están facultados para formular pretensiones autónomas e independientes a las sostenidas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal ni para introducir supuestos de culpabilidad distintos.

SEGUNDO.- La sentencia es recurrida únicamente por tres de los acreedores personados. Alegan, en primer lugar, que su condición de parte en el incidente lo ha de ser en pie de igualdad que el resto de partes, por lo que pueden formular pretensiones propias. Entienden, por tanto, que este tribunal ha de valorar los hechos y las conductas puestas de manifiesto por los acreedores.

En segundo lugar, en contra de lo esgrimido por la sentencia de instancia, la apelante considera que las irregularidades contables, que la propia sentencia constata, impedían conocer la situación patrimonial de la empresa.

Por último impugna la sentencia en tanto en cuanto no aprecia retraso en la solicitud de concurso. Analiza para ello las cuentas anuales del ejercicio 2010, que reflejarían fondos propios negativos de haber contabilizado correctamente tres facturas por importe de 49.212 euros. En segundo lugar, la factura impagada más antigua se remonta al mes de junio de 2011. En tercer lugar se apoya en las manifestaciones de la concursada, que atribuyó en la memoria la mala situación económica de la empresa a la actuación de Don J.J.S. Por último alega que la situación de insolvencia se deduciría del fondo de maniobra, que era negativo en los ejercicios anteriores a la declaración.

TERCERO.- Como hemos indicado, la recurrente alega, como primer motivo de impugnación, que su condición de parte en este incidente conlleva la posibilidad de formular pretensiones autónomas y, por ello, que la sentencia debería haber valorado los hechos y las causas de culpabilidad que los acreedores habían puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones del artículo 168.1º de la Ley Concursal, criterio que no compartimos. En efecto, de acuerdo con dicho precepto, que regula la intervención de los acreedores en la pieza de calificación, *“dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiere dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*. La posibilidad de que los acreedores intervinieran como parte en la pieza de calificación se introdujo en la Ley Concursal con la Reforma operada por el RDL 3/2009. Hasta entonces veníamos entendiendo que el acreedor sólo podía formular alegaciones para que pudieran ser tomadas en consideración por los administradores concursales y el Ministerio Fiscal, sin que tuviera la condición de parte en la Sección 6ª.

En cualquier caso, seguimos considerando que **sólo la administración concursal y el Ministerio Fiscal están legitimados para formular pretensiones de culpabilidad, determinar las personas que pueda resultar afectadas y fijar las consecuencias de la culpabilidad**. Así se deduce, de un lado, del artículo 170.1º, por el que si el informe de la administración concursal y el Ministerio Fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámite, ordenará el archivo de las actuaciones; y, de otro lado, del propio artículo 168, que limita las alegaciones que pueden realizar los terceros a ese trámite inicial dentro de los diez días siguientes a la formación de la pieza.

El objeto del proceso quedará conformado por los hechos y pretensiones concretas que hayan formulado la administración concursal y el Ministerio Fiscal en sus respectivos informes. Quedan fuera de él, por tanto, aquellas alegaciones que hayan podido realizar los acreedores o terceros con interés legítimo que no tengan reflejo en dichos informes.

Así lo hemos sostenido en sentencia de 29 de noviembre de 2012 (ROJ 15697/2012): *“La resolución recurrida –dijimos entonces- debía limitar su examen, como efectivamente hizo, a resolver sobre la propuesta de calificación formulada por el administrador concursal y en los términos en los que la misma aparecía cuestionada por la única oposición que frente a ella se formuló. No podía, por ello, el juzgado mercantil tomar en consideración causas distintas de culpabilidad, ni siquiera en el caso de que las mismas hubieran sido previamente propuestas o insinuadas por terceros, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, en el que Stromboli compareció en el trámite previo a la propuesta de calificación y propuso otras causas de calificación culpable que el administrador concursal no tomó en consideración. Ni el juzgado mercantil podía tener en cuenta esas otras causas sin que nadie las hubiera introducido correctamente en el debate ni tampoco este tribunal las puede considerar.*

Y no se pueden considerar válidamente introducidas en el debate –añadimos en aquella sentencia- por el mero hecho de que Stromboli hiciera referencia a ellas en el escrito formulado al amparo del art. 168.1 LC, porque el mismo únicamente persigue ilustrar al AC para que realice su propuesta de calificación del concurso a partir de todos los hechos que considere relevantes para la calificación.”

En definitiva, los terceros admitidos como parte en la sección sexta sólo podrán efectuar alegaciones en el trámite inicial; proponer prueba que respalde las pretensiones que formulen quienes son titulares de la acción; asistir a la vista; recurrir la sentencia (artículo 172.4º de la LC); e instar la ejecución en los términos previstos en el artículo 172 bis, apartado 2º. No pueden, por el contrario, ejercitar pretensiones distintas a las formuladas por la administración concursal o el Ministerio Fiscal y sostenerlas con autonomía.

Debemos rechazar, por tanto, el primer motivo de impugnación de la sentencia y, en consecuencia, nos limitaremos a valorar los hechos y las causas de culpabilidad propuestos por la administración concursal.

CUARTO.- Entrando, por tanto, en las causas que han determinado la calificación del concurso como culpable, el artículo 164.2º-1º de la Ley Concursal presume la culpabilidad cuando *“el deudor, legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera de la que llevara”*. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable *“en todo caso”*, en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

El artículo 25 del Código de Comercio, por su parte, dispone que *“todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario”*.

La administración concursal señala en su informe que la concursada llevaba los libros de llevanza obligatorios. Advierte, eso sí, irregularidades contables, que describe en las páginas 4 y 5 de su informe (folios 84 y 85). Como hemos expuesto, el análisis ha de ceñirse a esas irregularidades, como así ha hecho la sentencia de instancia. Prescindimos, por tanto, de otras partidas y otras consideraciones introducidas por la recurrente y que no fueron tomadas en consideración por la administración concursal.

El informe alude a una primera irregularidad en la cuenta 5720000 de LA CAIXA, que no cuadra con los extractos bancarios de dicha entidad. Sin embargo, como muy bien indica la *juez a quo*, **la discrepancia lo es con el libro mayor, que no es de llevanza obligatoria**. No existe constancia que el descuadre se trasladara al libro diario. No se discute, además, que en las cuentas coincide el saldo contable con el que aparece en el extracto bancario (65.800,46 euros), por lo que en ningún caso la irregularidad habría impedido

conocer la situación patrimonial de la empresa.

QUINTO.- En segundo lugar la administración concursal pone en evidencia el uso incorrecto de la cuenta 5550000 “partidas pendientes de aplicación”, que no se ha utilizado conforme especifica el Plan General Contable. También en este punto concreto coincidimos con la valoración y las conclusiones a las que llega la *juez a quo*, que hacemos nuestras. El informe menciona cinco **asientos incorrectos del libro diario (496, 506, 507, 508 y 510)**. Sin embargo, aunque fuera cierta la irregularidad, el informe no explica en qué medida distorsiona la realidad patrimonial de la empresa.

Dos de los asientos irregulares (507 y 508) importan 3.375 euros, cantidad que no es relevante. El asiento 496, por otro lado, que refleja las operaciones entre la concursada y HAN. DES. GRO., S.L., asciende a 49.212 euros, suma que coincide con las tres facturas que la administración concursal señala que no aparecen en el apartado correspondiente a “operaciones con partes vinculadas”. Es posible, por tanto, que se **haya asentado incorrectamente en una cuenta indebida. No cabe colegir de ello, sin embargo, que ese error dificulte conocer la situación patrimonial de la compañía.** Por lo que se refiere al asiento 506, además de reflejar una cantidad poco significativa (26.496,03 euros), es evidente que el haber utilizado como contrapartida la cuenta de gastos por otros servicios, en lugar de la cuenta de proveedor, no incide en la comprensión de la realidad patrimonial o financiera de la compañía. Y en cuanto al asiento 510 sólo se menciona como irregular, sin mayor detalle, por lo que basta con reiterar lo argumentado en el párrafo anterior.

Por último, por lo que se refiere a la cuenta 515, también en este caso la irregularidad deriva de haberse utilizado indebidamente la cuenta 5550000 como contrapartida de cuentas del activo, cuando debería tener como contrapartida una cuenta de proveedor. La administración concursal añade que no se le han mostrado facturas de esos bienes (material informático). Sin embargo, además de tratarse de elementos de escaso valor y que se deprecian rápidamente, no se discute que el informe de la administración concursal constató que las instalaciones informáticas existían, si bien quedaron en el local arrendado y que el inventario incluye equipos informáticos.

SEXO.- Lo expuesto en el fundamento anterior en relación con las aplicaciones y equipos informáticos basta para descartar que la concursada incurriera en la conducta contemplada en el artículo 164.2º-6, como denuncia la recurrente. De acuerdo con dicho precepto, el concurso se calificará como culpable “*cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia*”. Los bienes existen o han existido, por lo que no se advierte que la concursada haya buscado aparentar una solvencia patrimonial falaz.

En línea con lo afirmado por la sentencia de instancia, **la irregularidad operó únicamente en el plano contable.** Hemos de insistir, además, **en el escaso valor de los bienes y, en consecuencia, en su inutilidad para falsear la realidad.**

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a la demora en la solicitud de concurso, el artículo 165 de la Ley Concursal 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, “hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso”. La norma nos remite al artículo 5, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, **se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario** conforme al apartado 4 del artículo 2.

También aquí nos hemos de limitar a los hechos reseñados en el informe de la administración concursal. No es posible valorar hechos introducidos *ex novo* por la apelante en su recurso (artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Solicitado el concurso el 20 de diciembre de 2011, la administración concursal fija los primeros impagos a la AEAT y a la Tesorería General de la Seguridad Social el 20 de octubre de ese mismo año. En esa fecha, por tanto, la concursada no se encontraba en situación de insolvencia concursal, entendida ésta como la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles (artículo 2 de la

LC). **Sólo el incumplimiento de las obligaciones tributarias exigibles o de las cuotas de la Seguridad Social durante tres meses constituye un hecho revelador de la insolvencia conforme al artículo 2.4º-4º de la LC.**

En cuanto al resto de acreedores, el informe alude a impagos en el mes de mayo, sin identificar acreedores ni precisar el importe de los créditos impagados. Tampoco consta, en definitiva, una situación de sobreseimiento generalizado.

Por último, por lo que se refiere al **fondo de maniobra, que era negativo** al cierre del ejercicio 2011 (166.552,20 euros), **no es posible deducir de esa variable contable la situación de insolvencia concursal**. Como muy bien indica la sentencia apelada, también en el año 2009 el fondo de maniobra era negativo y la administración concursal admite que en ese ejercicio la sociedad desarrollaba su actividad de manera satisfactoria.

Por todo lo expuesto, con desestimación del recurso, debemos confirmar íntegramente la sentencia.

OCTAVO.- Coincidimos también con la sentencia de instancia en apreciar dudas de derecho sobre el alcance de la intervención de los acreedores en la pieza de calificación, por lo que no se imponen las costas del recurso (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 405/2013, de 7 de Noviembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El objeto de la reapertura de la Sección de calificación (como consecuencia del incumplimiento del convenio por el concursado), ha de limitarse a las causas del **incumplimiento del convenio** y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (164.2.3º), y no alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165.

El artículo 142.2 LC sólo obliga al deudor a **solicitar la liquidación** cuando, durante la vigencia del **convenio**, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél; en ningún caso el plazo de dos meses del deber de declaración del concurso del artículo 5.1 LC.

Notas: Elección de una interpretación restrictiva del artículo 167.2 LC, adoptando la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS 3118/2013.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Son antecedentes de hecho a considerar para la resolución del recurso los siguientes:

1. En el concurso de PLAS. RAY., S.A. se dictó sentencia de fecha 9 de junio de 2009 aprobando el convenio propuesto por la concursada. El convenio contemplaba una quita del 35% y un periodo de carencia de dos años.
2. Abierta la Sección 6ª, tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron se calificara el concurso como fortuito, lo que determinó el archivo de las actuaciones.
3. Durante la vigencia del convenio, la concursada presentó escrito comunicando la imposibilidad de cumplirlo por causas que no le eran imputables, solicitando la apertura de la liquidación.
4. Por auto de 13 de junio de 2011 el Juzgado acordó abrir la fase de liquidación del concurso de PLAS. RAY., S.A. y, en consecuencia, la reapertura de la sección 6ª.
5. La administración concursal y el Ministerio Fiscal solicitaron la calificación del concurso como

culpable por dos causas: en primer lugar, por haberse agravado la insolvencia "como consecuencia del incumplimiento del convenio por causa dolosa y culpable del administrador social de la concursada" (artículo 164.1º de la Ley Concursal). Y, en segundo lugar, por la demora en la solicitud de la apertura de la liquidación.

SEGUNDO.- Formulada oposición, el Juzgado dictó sentencia declarando la culpabilidad únicamente por el retraso en la comunicación de la situación de insolvencia. Según relata la sentencia, la concursada, firme el convenio, dejó de cumplir inmediatamente con sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social, impagos que se prolongaron durante los dos años posteriores. El *juez a quo* consideró que la deudora había incumplido lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Concursal y, conforme al artículo 165 de la misma Ley, había que presumir la existencia de dolo o culpa grave en la agravación de la insolvencia. Operada la presunción, la sentencia concluye que los demandados no habían justificado la demora, más allá de vagas referencias sobre la crisis económica.

La sentencia declara persona afectada por la calificación al Sr. G., administrador único de la compañía, a quien inhabilita por un plazo de dos años y condena a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o contra la masa y al pago de 414.089,97 euros.

El demandado interpone recurso de apelación, solicitando se declare fortuito el concurso y se dejen sin efecto todos los pronunciamientos de la sentencia. Tras extenderse sobre las circunstancias que rodearon a la aprobación del convenio y la evolución económica de la compañía, la apelante alega que solicitó la liquidación en mayo de 2011, antes de incumplir los pagos que marcaba el convenio, al no cumplirse las previsiones de ventas previstas en el plan de viabilidad. "Se intentó salvar la empresa en circunstancias muy difíciles –dice el recurrente- y se hicieron los esfuerzos razonables para el cumplimiento de los compromisos", manteniendo "los puestos de trabajo, evitando sacrificios adicionales". Esas circunstancias, considera la recurrente, determinan que no haya de aplicarse el artículo 165 de la Ley Concursal y que deba revocarse la sentencia.

TERCERO.- La controversia, atendida la fecha de la reapertura de la sección sexta, ha de resolverse conforme a los preceptos que disciplinan la calificación del concurso por incumplimiento del convenio en su redacción anterior a la Ley 38/2011 (disposición transitoria décima de dicha Ley). En concreto, han de tenerse en cuenta los siguientes preceptos:

- El artículo 167.2.1 LC, que establece lo siguiente: "Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar: 1. Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución".

- El artículo 168.2 LC, cuando trata de la personación y de la condición de parte, establece que "en los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado."

- Finalmente, el artículo 169.3 dispone: "En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del Ministerio Fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable."

Sobre el objeto de la Sección de calificación cuando se reabre como consecuencia de la manifestación del concursado de no poder hacer frente al convenio (artículo 142.3º de la Ley Concursal), son dos las tesis que se vienen sosteniendo en la doctrina y en la práctica concursal. De un lado, quienes consideran que ha de limitarse a las causas del incumplimiento, conforme parece deducirse de una interpretación literal de los artículos transcritos (interpretación restrictiva). De otro

lado, quienes entienden que el ámbito de cognición alcanza a todas las conductas de los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, cualquiera que fuera los supuestos de apertura de la liquidación y con independencia de que las conductas contempladas en esos preceptos hubieran tenido lugar antes o después de la aprobación del convenio, salvo que se trate de hechos examinados en la calificación anterior (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de marzo de 2013, ROJ 896/2013). Esta interpretación amplia se construye a partir del deber legal de solicitar la liquidación que el artículo 142.3º de la Ley Concursal impone al concursado cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos “y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél”.

El Tribunal Supremo se inclina por la primera de las interpretaciones en su Sentencia de 12 de febrero de 2013 (ROJ 3118/2013). Así, tras distinguir entre convenios “gravosos” y “no gravosos” en atención a su contenido, en su fundamento sexto dice: *“La Ley regulaba, en el apartado 2 del art. 167, las consecuencias del incumplimiento del convenio, en los casos en que previamente se había abierto la sección de calificación por tratarse de un convenio gravoso para los acreedores. El convenio con un contenido gravoso habría dado lugar ya a la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC), cuyo objeto de enjuiciamiento habría permitido enjuiciar cualquiera de las conductas tipificadas en el art. 164.1 LC, integrado, en su caso, con el art. 165 LC, respecto de la presunción de dolo o culpa grave, o bien en el art. 164.2 LC, salvo la 3ª, que presupone el incumplimiento del convenio aprobado. De ahí que, cuando más tarde se produce el incumplimiento del convenio y, por ello, se abre la liquidación, es necesario volver a abrir la sección de calificación, si ya estaba terminada, o, en otro caso, una pieza separada dentro de ella, para juzgar únicamente sobre las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar (art. 167.2 LC)” –el subrayado es nuestro–.*

Sólo en el caso de incumplimiento de un “convenio no gravoso” cabría analizar otras conductas distintas, contempladas en los artículos 164 y 165. En tal caso, añade la sentencia, *“es lógico que no esté sujeto a las restricciones del art. 167.2 LC, pues no se cumple el presupuesto legal de que previamente se hubiera podido juzgar sobre la calificación del concurso por cualquiera de las causas que guardan relación con la declaración de concurso, esto es, por todas menos por la prevista en el art. 164.2.3º LC que guarda relación con un eventual y posterior incumplimiento del convenio. Como no ha habido oportunidad de juzgar por aquellas causas o motivos legales relacionados con la apertura del concurso de acreedores, es lógico que la calificación abierta por el incumplimiento de un convenio “poco gravoso” pueda versar sobre cualquiera de las causas o motivos legales regulados en los arts. 164 y 165 LC, y no solo por la reseñada en el art. 164.2.3º LC (“incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”).*

CUARTO.- Sentado lo anterior, debemos estimar el recurso. Sin necesidad de extendernos sobre el objeto de la calificación cuando la Sección se reabre por incumplimiento del convenio, ya en nuestra anterior Sentencia de 27 de mayo de 2013 (ROJ 5878/2013) señalamos que **el retraso en la solicitud de la liquidación en ningún caso tiene encaje en el artículo 165.1º de la Ley Concursal.** *“La solicitud tardía de la liquidación –dijimos entonces–, merecería quizás alguna previsión legal específica. Sin embargo, la ausencia de tal previsión sobre sus efectos no autoriza a trasladar directa o indirectamente al caso el tipo del artículo 165.1 LC, establecido para una situación distinta, que no puede ser objeto de aplicación extensiva, atendida la naturaleza de la calificación concursal.*

La norma del artículo 165.1 LC –añadimos–, que tipifica la falta de solicitud de la declaración de concurso, se aplica en conjunción con lo dispuesto en el artículo 5.1 LC, que impone al deudor el deber de 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. El artículo 142.2 LC, a diferencia del artículo 5.1 LC, no obliga al deudor a solicitar la liquidación a los dos meses de advertir la insolvencia -o la agravación de la insolvencia- sino “cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél”.

En el presente caso, el juez a quo, que opta por la interpretación más amplia, aplica al retraso en la solicitud de la liquidación las previsiones de los artículos 5.1º y 165.1º de la Ley Concursal, lo que no es posible. Por todo ello, hemos de estimar el recurso y declarar el concurso fortuito.

SEXTO.- [Debería ser QUINTO, nota de los autores] Al estimarse el recurso de apelación parcialmente ambos recursos, no se imponen las costas de esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 414/2013, de 20 de Noviembre de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Por mor del art. 164.2 1º, conllevará la calificación culpable del concurso la comisión de **irregularidades contables** graves que perjudiquen o dificulten la comprensión de la situación patrimonial y financiera del concursado, aunque sin un acotamiento temporal a la comisión de la conducta; basta que las irregularidades hayan sido cometidas en una época relevante con anterioridad a la declaración de concurso.

La confección y depósito de unas cuentas anuales incluyendo **activos que habían sido adjudicados a los socios**, así como la **omisión en el pasivo de una deuda importante**, se convierten en irregularidades muy relevantes, que trascienden a la calificación del concurso por ser las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.

La condena al administrador por responsabilidad por deuda ajena ha de extenderse a **todo el déficit concursal**, ya que es el importe del crédito del acreedor del concurso, que no podrá ser satisfecho en la liquidación por carencia de activos realizables.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia: STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. La sentencia apelada calificó culpable el concurso de GEST., S.L. por concurrir el supuesto que prevé el art. 164.2.1º de la Ley Concursal (LC), concretado en la existencia de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial y financiera de la sociedad deudora, descartando otras causas determinantes de la misma calificación que propuso la administración concursal (AC).

Declaró personas afectadas a quienes fueron administradores y liquidadores solidarios, Sres. M.R. y A.S., a los que condenó a la sanción de inhabilitación que prevé el art. 172.2.2º LC por el plazo de dos años, a la pérdida de los derechos que pudieran ostentar en el concurso y, al amparo del art. 172.3 LC (actual 172 bis), a pagar a la masa la cantidad de 302.758 €, en que se ha sido cifrado el déficit concursal.

2. Apelan contra la sentencia:

a) la concursada, que impugna la causa en la que se basa la calificación de concurso culpable;

b) el administrador y liquidador solidario Sr. M.R., que reproduce la impugnación del motivo en que se basa la calificación y, además, impugna expresamente la condena dineraria por responsabilidad prevista por el art. 172.3 LC; y

c) el administrador y liquidador solidario Sr. A.S., que dedica el recurso a impugnar su afectación como persona responsable de los actos que motivan la calificación culpable.

SEGUNDO. 3. Con remisión al exhaustivo relato de hechos probados que recoge la sentencia apelada, destacamos los siguientes hechos incontrovertidos:

a) Desde febrero de 2006 son administradores solidarios de la sociedad concursada (dedicada al asesoramiento financiero, administrativo y contable) los Sres. M.R. y A.S..

b) En junta general celebrada el 16 de junio de 2006, cuyos acuerdos se elevaron a públicos mediante escritura notarial de 11 de julio de ese año, la sociedad acordó su disolución. En esta junta se aprobó el balance de disolución cerrado al día 16 de junio de 2006 y se nombraron liquidadores a los Sres. M.R. y A.S..

Así mismo, se adjudicaron a los socios las participaciones sociales de que era titular la concursada en otras sociedades (por un valor total, de acuerdo con el valor nominal de cada acción o participación social, de 9.257,52 €).

En el balance de disolución consta en el activo la partida de "inmovilizaciones financieras", correspondiente a esas participaciones sociales, por valor contable de 1.021.024,27 €. Resultan unos fondos propios por 589.286,36 €.

c) En las cuentas anuales cerradas al 31 de diciembre de 2006, firmadas por los Sres. M.R. y A.S., que se depositan en el Registro Mercantil el 21 de agosto de 2007, consta en el activo la partida de "inmovilizaciones financieras" por valor de 1.021.024,27 €. Las cuentas reflejan unos fondos propios por 645.288,21 €.

d) De otro lado, en el balance de disolución y en las cuentas anuales de 2006 no está contabilizada en el pasivo una deuda que mantenía la concursada frente a la acreedora I.CA.AR., S.L. por importe de 269.765,51 €.

El origen de esta deuda es la ejecución por I.CA.AR., S.L. de unas obras de reforma integral para la concursada GEST., S.L. en el local de la calle Bruch nº 72, 6º, de Barcelona, durante los meses de mayo a julio de 2004. GEST., S.L. abonó la suma de 202.800 € y, surgida la discrepancia por el coste total de los trabajos, I.CA.AR., S.L. reclamó mediante requerimiento recibido el 4 de julio de 2005 (f. 122-124) el resto de precio pendiente de pago, por importe de 269.765,51 €.

Ante el impago, I.CA.AR., S.L., en octubre de 2006, interpuso una demanda ante los Juzgados de Primera Instancia de esta ciudad (que correspondió al JPI nº 57) en reclamación de dicha cantidad. GEST., S.L. fue emplazada en noviembre de ese año y el 24 de mayo de 2007, antes de ser dictada sentencia, ambas partes presentaron en el juzgado un acuerdo transaccional por el que GEST., S.L. reconocía adeudar a I.CA.AR., S.L. la mencionada cantidad (269.765,51 €), comprometiéndose a satisfacerla en ciertos plazos. La transacción fue homologada por auto del juzgado de fecha 24 de mayo de 2007. GEST., S.L. No cumplió con ningún pago, por lo que a instancia de I.CA.AR., S.L. fue despachada ejecución por auto de 13 de noviembre de 2007, que resultó infructuosa.

e) I.CA.AR., S.L. presentó solicitud de concurso necesario de GEST., S.L. en julio de 2008, y fue declarado por auto de 19 de enero de 2009.

f) Declarado el concurso, la concursada aportó a la AC en enero de 2009 (f. 157 y ss.) un balance de situación cerrado al 31 de diciembre de 2006 (f. 160-161) en el que la partida de "inmovilizaciones financieras" consta por valor de 917,14 €, desapareciendo el valor asignado a las participaciones sociales que fueron adjudicadas a los socios, y unos fondos propios por 33.825 €.

Presentó así mismo (y entre otros) un balance de situación a 31 de mayo de 2007, en el que –afirmaba– constaba contabilizada la deuda con I.CA.AR., S.L. resultante de la transacción.

g) El 27 de noviembre de 2008 se inscribió el cese en el cargo de los liquidadores Sres. M.R. y A.S., y el nombramiento como liquidador único del Sr. B.M.A.P. (a quien la sentencia absuelve).

TERCERO. 4. La sentencia estima concurrente el supuesto descrito en el art. 164.2.1º LC, que *en todo caso* determina la calificación de concurso culpable, por razón de las siguientes irregularidades contables:

a) El balance de las cuentas anuales cerradas al 31 de diciembre de 2006 incluye indebidamente en el activo la partida de "inmovilizaciones financieras" por valor de 1.021.024,27 €, correspondiente a las participaciones sociales de la sociedad en otras sociedades, y que, sin embargo, habían salido del patrimonio de la sociedad seis meses antes, al ser adjudicadas a los socios; además el valor asignado a esas participaciones sociales, superior al millón de euros, no coincide con el valor que se les otorga en el acta de la junta de disolución (en total 9.257,52 €). En el balance de situación que se entregó a la AC en enero de 2009, cerrado al 31 de diciembre de 2006, sin embargo, no se incluye el valor de ese inmovilizado financiero, por lo que se constata que entre la contabilidad depositada en el Registro Mercantil y la facilitada en el concurso (referida a la misma fecha) existen discrepancias sustanciales, que afectan a los únicos activos efectivos de la compañía (fundamentos 3.5, 3.6 y 7.1).

b) En las cuentas anuales de 2006 no se contabiliza la deuda con I.CA.AR., S.L., que había sido reclamada extrajudicialmente en 2005 y judicialmente en 2006, y que meses después (en mayo de 2007) fue reconocida expresamente mediante el acuerdo transaccional (fundamentos 7.1 y 7.2).

Tales irregularidades, estima el Sr. magistrado, son cuantitativa y cualitativamente graves e impiden comprender la situación real de la compañía al finalizar el año 2006, y son imputables a quienes como liquidadores confeccionaron las cuentas y las depositaron en el Registro Mercantil en agosto de 2007.

5. La concursada y el liquidador Sr. M.R. impugnan la causa determinante de la calificación culpable con base en los siguientes argumentos: las irregularidades que refiere la sentencia ni son relevantes ni han tenido consecuencias; según indica la sentencia, el período fiscalizable a efectos de la calificación del concurso es el de los dos años anteriores a su declaración, de modo que abarca desde el 19 de enero de 2007 al 19 de enero de 2009, por lo que lo sucedido a lo largo de 2006 no debe tener trascendencia en orden a la calificación del concurso; la única actuación dentro del período fiscalizable sería el depósito de las cuentas del ejercicio de 2006, que se produjo en agosto de 2007; la inclusión en el activo de las participaciones sociales fue consecuencia de un mero error no intencionado; las irregularidades referidas acaecieron once meses después de la disolución de la compañía; y no han supuesto ningún déficit de información para la AC.

CUARTO. 6. Como ha reiterado la jurisprudencia (STS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, 19 de julio de 2012, entre otras), el art. 164.2 LC establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso culpable "en todo caso" en atención, tan sólo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia (a diferencia de lo que exige el apartado 1 del mismo precepto). Se trata de conductas, dice la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (VIII), que por su intrínseca naturaleza (es decir, por su especial gravedad, según estima la Ley), determinan esa calificación *en todo caso*.

7. La conducta que describe el art. 164.2.1º LC consiste en el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad así como la comisión, en la contabilidad que se llevara, de irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera, es decir, irregularidades graves que perjudiquen o dificulten la comprensión de la situación patrimonial y financiera del concursado.

El precepto no establece un acotamiento temporal a la comisión de la conducta (concretamente el de dos años de antelación a la declaración del concurso), a diferencia de otros supuestos que así mismo son determinantes en todo caso de la calificación culpable, como el del apartado 5º del mismo art. 164.2, que exige que la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor se haya producido durante

los dos años anteriores a la declaración de concurso, o como en la presunción de dolo o culpa grave prevista en el art. 165.3º, que se refiere a los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En el supuesto del art. 164.2.1º LC **basta que las irregularidades que impiden o dificultan la comprensión de la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad hayan sido cometidas en una época relevante con anterioridad a la declaración de concurso, de tal modo que el efecto consecuente de tales irregularidades se mantenga al tiempo de llegar la sociedad a la situación de concurso, lo que a su vez puede impedir o dificultar la determinación de las causas de la insolvencia o de los acontecimientos o factores que han contribuido a su acaecimiento o agravación.**

8. En este supuesto, la conducta que conlleva la calificación culpable no es propiamente el acto de depósito de las cuentas anuales de 2006 en el Registro Mercantil (que tiene lugar en agosto de 2007), sino la **confección y depósito de esas cuentas anuales durante 2007 incurriendo en graves irregularidades como son la inclusión de unos activos por más de un millón de euros que seis meses antes del término del ejercicio fueron adjudicadas a los socios y la omisión en el pasivo de una deuda por importe de casi 270.000 €.** Se trata de defectos relevantes para la comprensión de la **situación patrimonial y financiera de la sociedad** pues no cabe duda que de no haberse contabilizado aquellos activos, inexistentes en el patrimonio social al 31 de diciembre de 2006, y de haberse computado la referida deuda, los fondos propios hubieran resultado con signo negativo, en lugar de 645.288 € que reflejan las cuentas.

Son, por tanto, **irregularidades muy relevantes, y trascienden a la calificación del concurso pues son las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil** antes de la declaración de concurso, constituyendo el antecedente necesario para proporcionar la información adecuada en orden a conocer, al tiempo de la solicitud de concurso necesario, la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

Por último, es difícil concebir como un mero error el mantenimiento en el balance de unos activos valorados en más de un millón de euros, que salieron del patrimonio social seis meses antes del cierre del ejercicio.

QUINTO. 9. El recurso del Sr. A.S. defiende, en definitiva, que no ha intervenido en las conductas que motivan la calificación culpable. Los argumentos (que intentamos sintetizar) son los siguientes: el Sr. A.S. fue nombrado administrador solidario el 22 de febrero de 2006, dos años después de ser realizadas las obras por I.CA.AR., S.L., la cual no emitió ninguna factura; el Sr. A.S. desconocía la existencia de esa deuda, y no pudo conocerla con posterioridad, tras ser nombrado administrador; tampoco intervino en la transacción; esta deuda pasó a ser líquida, exigible y ejecutable desde el momento en el que se aprobó la transacción por el juzgado; no intervino en la elevación a público del acuerdo social de disolución ni en su certificación; su intervención en la sociedad era meramente formal, como admite la sentencia, *“sin una información en profundidad del alcance trascendencia o razón de las decisiones tomadas”*; la inclusión en el balance de las participaciones sociales fue un mero error material y no ha quedado acreditado que supusiera una agravación de la insolvencia.

10. Sobre este último argumento nos remitimos a lo ya expuesto acerca de la forma en que opera el supuesto descrito por el art. 164.2.1º LC, y por lo demás:

a) **Al Sr. A.S. le resulta imputable la conducta que determina la calificación de concurso culpable, concretada en graves irregularidades contables en las cuentas anuales de 2006, que el mismo firmó como liquidador solidario, pues su formulación pertenece al ámbito de su responsabilidad.**

b) En cuanto administrador desde febrero de 2006 y luego liquidador le era exigible conocer la deuda que la concursada mantenía con I.CA.AR., S.L. a raíz de las obras ejecutadas durante 2004; hay que tener presente además que I.CA.AR., S.L. presentó la demanda de reclamación en octubre de 2006 y en

noviembre de ese año fue emplazada la concursada GEST., S.L., que reconoció la deuda reclamada en mayo de 2007 (acuerdo transaccional), todo ello con anterioridad a ser aprobadas las cuentas por la junta general (celebrada el 30 de junio de 2007 –f. 179- cuya certificación firma así mismo el Sr. A.S.), y pese a ello **la deuda no se incluyó en las cuentas anuales, y tampoco se provisionó con anterioridad, cuando en 2005 fue reclamada extrajudicialmente.**

c) Es irrelevante que no interviniera en la transacción, ni en la elevación a público del acuerdo de disolución; lo relevante es que **en cuanto administrador está obligado a informarse diligentemente de la marcha de la sociedad** (art. 127.2 TRLSA; actual art. 225.2 TRLSC), y precisamente por razón de la aceptación del cargo debía desplegar la diligencia adecuada para conocer las deudas sociales. No cabe aceptar su exculpación cuando la afectación por la calificación culpable deriva del cumplimiento de deberes impuestos por la Ley.

SEXTO. 11. El recurso del Sr. M.R. impugna la condena dineraria amparada en el art. 172.3 LC (actual art. 172 bis) argumentando que la conducta que ha determinado la calificación culpable no ha incidido en la generación o agravación de la insolvencia, citando al efecto varias sentencias de este tribunal en las que hemos mantenido que la responsabilidad prevista en dicho precepto exige un nexo de causalidad entre la conducta determinante de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

12. Tal fue, en efecto nuestra postura inicial, pero este tribunal hubo de modificar su criterio a la vista de la interpretación de la referida norma por el TS a partir de la Sentencia de 6 de octubre de 2011, que luego ha sido reiterada y completada por las de 17 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012, 20 y 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012, 20 de junio de 2012, y 16 y 19 de julio de 2012.

En aquella primera Sentencia el TS declara que **no cabe condicionar la condena que prevé el art. 172.3 LC a la concurrencia del requisito de la generación o agravación de la insolvencia si el tipo que ha sido imputado al órgano social y que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable no lo exige, como es el caso del supuesto del art. 164.2.1º.**

Para que pueda pronunciarse esa condena es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y a fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado en el apartado 1 del art. 164 LC, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo precepto.

La STS de 16 de julio de 2012 desarrolla la concepción del régimen de responsabilidad concursal:

a) **No se trata de una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave -imperativamente exigible al amparo del artículo 172.2º.3 de la Ley Concursal-, sino de “un supuesto de responsabilidad por deuda ajena”, cuya exigibilidad requiere: ostentar la condición de administrador o liquidador (...); que el concurso sea calificado como culpable; la apertura de la fase de liquidación; y la existencia de créditos fallidos o déficit concursal.**

b) **“No queda oscurecida la naturaleza de la responsabilidad por deuda ajena por la amplia discrecionalidad que la norma atribuye al Juez tanto respecto del pronunciamiento de condena como de la fijación de su alcance cuantitativo -algo impensable tratándose de daños y perjuicios en los que necesariamente debe responder de todos los causados-, lo que, sin embargo, plantea cuestión sobre cuáles deben ser los factores que deben ser tenidos en cuenta por el Juzgador...”.**

c) **La norma atribuye al Juez una amplia discrecionalidad, razón por la que de la calificación del concurso como culpable no deriva necesaria e inexorablemente la condena de los administradores de la sociedad concursada a pagar el déficit concursal, pero no fija ningún criterio para identificar a los concretos administradores que debían responder ni para cuantificar**

la parte de la deuda que debía ser cubierta, por lo que *“si bien no cabe descartar de forma apriorística otros parámetros, resulta adecuado el que prescindiendo totalmente de su incidencia en la generación o agravación de la insolvencia, tiene en cuenta la gravedad objetiva de la conducta y el grado de participación del condenado en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso”*.

Esta interpretación no descarta -apuntamos nosotros- que si la conducta que motiva la calificación del concurso como culpable ha influido en la generación o agravación de la insolvencia, este resultado, en la medida correspondiente, pueda ser valorado a la hora de cuantificar la condena y graduar su alcance.

d) Es necesario –prosigue esta STS, siguiendo la de 6 de octubre de 2011- que *“el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivo del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable. También es este parámetro el que tiene en cuenta el último párrafo del artículo 172 bis.1 de la Ley Concursal en la redacción dada por la Ley 38/2011”*.

13. Pues bien; la sentencia apelada valora la gravedad de la conducta que sirve para la calificación de concurso culpable y concluye que la condena ha de extenderse a todo el déficit concursal (302.758 €), en atención a que responde, prácticamente, al importe del crédito del acreedor instante del concurso, que no podrá ser satisfecho en la liquidación por carencia de activos realizables.

El recurso no ofrece ningún parámetro de cuantificación, otros factores a considerar ni más argumentos eficaces que puedan justificar la moderación de la condena, por lo que será confirmada. Por nuestra parte, podemos considerar a estos efectos que la insolvencia o su agravación en buena medida vino motivada por el reparto de activos a los socios, sin previa o simultáneamente constituir provisiones o reservas para atender el pago del acreedor instante, que ya había reclamado su crédito en 2005, y cuya existencia terminó por reconocer la sociedad –obviamente por medio de sus liquidadores solidarios- en mayo de 2007.

14. Desestimado el recurso deben imponerse las costas a los apelantes (art. 398.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 451/2013, de 11 de Diciembre de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: El concurso se declarará en todo caso como culpable cuando se pruebe el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad por parte del deudor que legalmente estuviera obligado a ello (art. 164.2 1º LC). Se incumple sustancialmente el deber, no solo cuando no existe contabilidad alguna sino cuando **la aportada no permite a la AC el examen adecuado de la situación patrimonial** de la sociedad; una imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de los resultados de la empresa.

Corresponde a la concursada y a su administrador la **carga de la prueba** del cumplimiento por su parte del deber de cumplir con la obligación legal de llevanza de la contabilidad. No le es exigible a la AC una acreditación mayor que la observancia de la inexistencia de contabilidad.

Unos **apuntes contables**, recogidos en un programa informático de difícil acceso y poco

fiables, no comportan prueba suficiente de que la concursada cumpliera sustancialmente el deber de llevanza de la contabilidad.

La ausencia de una contabilidad que permita conocer a la AC cuáles han sido las causas que han generado la insolvencia determina que, salvo prueba en contrario deba presumirse que todo el **déficit es imputable al administrador**, por el hecho de que con su conducta el administrador de la sociedad ha impedido que se pueda conocer qué otras causas lo han determinado y en qué medida.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia; STS de 16 de julio de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Administración concursal (AC) solicitó la declaración culpable del concurso con fundamento en la causa de culpabilidad del artículo 164.2.1º LC, esto es, en la inobservancia por parte de la concursada del deber de llevar la contabilidad. Funda su apreciación en el hecho de que no le hubieran sido facilitados los libros de comercio oficiales correspondientes a los ejercicios 2005, 2006, 2007 y 2008, pese a los requerimientos cursados al administrador de la sociedad que alegó que se habían extraviado. También expuso que le había sido facilitado un programa informático con el cual, afirmaba la concursada, que se llevaba la contabilidad, si bien el mismo presentaba anomalías que hacían dudar de su fiabilidad.

2. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de K Industria Cultural, S.L., considerando como personas afectadas por tal calificación a Enric Pedascoll Guspí, a la vez que dispuso su inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de cinco años y le condenó a pagar a la masa, en concepto de responsabilidad concursal, la totalidad del déficit concursal.

3. El recurso del Sr. Pedascoll se funda en los siguientes motivos:

- a) Vulneración del artículo 164.2.1º LC.
- b) Vulneración del artículo 216 LEC.
- c) Vulneración del artículo 217 LEC.
- d) Vulneración del artículo 218 LEC.
- e) La AC incurre en contradicciones en su solicitud de calificación y no ha acreditado la causa de culpabilidad invocada.
- f) Subsidiariamente solicitó que se rebajara el plazo de inhabilitación a dos años y que la condena al pago de todo el déficit se redujera al pago de un 10 % del mismo.

SEGUNDO. 3. En su primer motivo de recurso, bajo el título vulneración del artículo 164.2.1º LC, se queja el recurrente de que la resolución recurrida ha declarado culpable el concurso sin prueba alguna y limitándose a suponer la concurrencia de la causa legal de culpabilidad y obligando a la sociedad y a su administrador a una prueba diabólica sobre la existencia de contabilidad. También aduce que el incumplimiento debe ser "sustancial", cosa que no ha ocurrido en el supuesto enjuiciado.

4. El artículo 164.2 LC expresa que el concurso se declarará en todo caso como culpable en los supuestos que a continuación enumera. El primero de ellos consiste en el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad por parte del deudor que legalmente estuviera obligado a ello. Como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 6 de octubre de 2011, 21 de mayo de 2012, 16 de julio de 2012, entre otras), el artículo 164.2 establece un criterio legal determinante de la calificación de concurso como culpable "en todo caso", en atención, tan solo, a la ejecución por el sujeto agente de las conductas que describe, sin necesidad de que produzca el resultado de generación o agravación de la insolvencia, a diferencia de lo que exige el apartado primero del mismo precepto.

El artículo 25 del Código de Comercio, por su parte, dispone que "todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento

cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventario y Cuentas anuales y otro Diario".

5. Ignoramos si la concursada llevaba o no contabilidad. No obstante, lo que resulta incuestionable es que no presentó a los administradores concursales los libros contables correspondientes a ninguno de los cuatro años anteriores al año en que solicitó el concurso, a pesar de haber sido requerida al efecto por la AC, ni tampoco les aportó ningún otro material que, sustituyendo a los libros oficiales, pudiera servir a la AC para poder conocer cuál fue la evolución de las cuentas anuales de la concursada durante un periodo tan dilatado.

6. El hecho de que presentara las cuentas anuales correspondientes a ese periodo, hecho también incuestionado, no obsta a que deba considerarse que la concursada no ha acreditado durante toda la sustanciación del concurso que llevara los libros contables de llevanza obligatoria. Como afirma la AC, **no cabe confundir los libros contables de llevanza obligatoria con las cuentas anuales que es preciso aportar anualmente al Registro Mercantil. La falta de presentación de las cuentas anuales constituye una causa de presunción de culpabilidad distinta a la que aquí estamos considerando, la establecida en el artículo 165, 3.º LC.**

7. No podemos compartir con la recurrente que sea preciso ningún dato adicional para integrar la causa de culpabilidad en examen ni le puede ser impuesto a la AC una mayor exigencia probatoria para estimar acreditada la concurrencia de la causa legal de culpabilidad que su afirmación de que no le han sido aportados los libros de contabilidad de la concursada. Lo manifestó no solo en su informe-propuesta de calificación sino que también lo había hecho previamente en el informe emitido durante la fase común, de manera que no podemos compartir que exista incompatibilidad entre uno y otro, tal y como ha apreciado la resolución recurrida.

8. Tampoco compartimos que constituya una carga excesiva para la parte la desacreditación de la concurrencia de la causa legal de culpabilidad, al contrario de lo que afirma. Prueba diabólica lo hubiera sido para la AC, dado que un hecho negativo (la falta de libros) es de imposible prueba, pero no para la concursada o para su administrador, pues les bastaba con haber aportado los libros o justificado razonablemente su destino o bien justificado que los apuntes informáticos que entregaron a los administradores cumplieran suficientemente la misma función que los libros, esto es, permitían a los administradores concursales y a los terceros representarse adecuadamente el estado de las cuentas sociales.

9. Afirma la recurrente que extravió los libros, pero ni siquiera esa manifestación cuenta con el menor soporte probatorio que la avale, tal y como ha considerado con acierto la resolución recurrida.

10. Que el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad es sustancial creemos que también se deriva de lo que llevamos expuesto. El carácter sustancial o no de la contabilidad debe ser analizado desde la perspectiva de si la contabilidad aportada ha permitido a la AC y a los terceros conocer las verdaderas causas de la generación de la insolvencia y resulta evidente que una ausencia de libros contables como la que pone de manifiesto la AC le ha impedido comprender la situación patrimonial de la concursada y las causas que han generado la insolvencia.

La contabilidad debe permitir a quien la examine conocer en todo momento cuál es la situación patrimonial de la sociedad, ofreciendo una imagen fiel de su patrimonio, de su situación financiera y de los resultados de la empresa (artículo 34.3 Ccom). De manera que se incumple sustancialmente el deber no solo cuando no existe contabilidad alguna sino cuando la aportada no permite a la AC el examen de cada una de esas finalidades.

No contradice lo anterior el hecho de que la AC haya podido incluir entre las causas generadoras de la insolvencia alguna de las que la propia concursada expresaba en su solicitud de concurso (la evolución desfavorable del sector de actividad a que se dedicaba). Lo determinante es que **se le ha privado de la efectiva posibilidad de comprobar cuáles han sido todas las causas relevantes que han determinado o agravado la insolvencia.**

11. Por consiguiente, debemos compartir con la resolución recurrida que está **acreditada la concurrencia de la causa de culpabilidad en la que ha fundado la calificación culpable del concurso la resolución recurrida.**

TERCERO. 12. El segundo motivo del recurso expresa la queja del recurrente de que la resolución recurrida ha vulnerado el **principio de justicia rogada** establecido en el artículo 216 LEC, ya que el juzgador **no puede suplir la falta de pruebas en que había incurrido la AC con su criterio sobre lo que cree que es un incumplimiento sustancial.**

13. Tampoco podemos compartir que la resolución recurrida haya incurrido en la infracción de esta norma. **El juicio sobre la sustancialidad es esencialmente un juicio valorativo que no exige una prueba especial**, de manera que lo que ha hecho la resolución recurrida, igual que nosotros en esta instancia, es **valorar si ha existido, a partir de los datos de hecho introducidos en el proceso por la AC, el incumplimiento sustancial del deber de llevanza de la contabilidad.** Y que **haya concluido que el incumplimiento ha sido sustancial no exigía un especial esfuerzo valorativo**, al contrario de lo que parece haber entendido el recurrente.

CUARTO. 14. El tercer motivo insiste en la misma idea, ahora desde la perspectiva del artículo 217 LEC. Ya nos hemos referido antes a esta cuestión, remitiéndonos a lo dicho en el fundamento jurídico segundo sobre ella.

QUINTO. 15. Tampoco tiene el menor fundamento el cuarto motivo del recurso, que denuncia vulneración del artículo 218 LEC. Estima el recurrente que la sentencia no es "congruente ni exhaustiva con las pretensiones de las partes". Lo alegado para justificar esa apreciación tan gratuita no guarda relación alguna con la incongruencia omisiva o con cualquier otro tipo de incongruencia. Lo que en realidad denuncia el recurso es una cuestión distinta: la **indebida justificación de la insolvencia que efectúa la AC**, y por consiguiente la sentencia, que acoge el punto de vista de aquélla. No creemos que sea tan relevante como estima el recurrente que puedan existir causas de la insolvencia que resulten reconocibles objetivamente y que la AC las haya tomado en consideración. **Lo único relevante a los efectos de la calificación del concurso es que se ha privado a la AC de la posibilidad de conocer de forma efectiva que esas causas fueran las únicas que generaron la insolvencia.** Esto es lo único relevante desde la perspectiva de la causa de culpabilidad en examen.

SEXTO. 16. Por último, tampoco creemos que esté fundada la imputación que se hace a la AC de haber incurrido en contradicciones. La AC no ha negado que se le entregaran algunos apuntes contables, recogidos en un programa informático de difícil acceso y que no considera fiable. Lo que considera la AC es que **esos apuntes no son suficientes para sustituir a los libros contables oficiales, que la concursada afirmaba haber perdido.**

17. También en este punto debemos compartir el punto de vista de la AC. **No le es exigible a la AC una acreditación mayor que la que ha hecho de la inexistencia de contabilidad**, pues la existencia de cualesquiera apuntes contables no podemos considerar que integre la llevanza de la contabilidad. Es a la concursada y a su administrador a quienes, a la vista de las circunstancias concurrentes en esos apuntes contables irregulares, **corresponde la prueba de la acreditación de que los mismos comportan el cumplimiento por su parte del deber de cumplir con la obligación legal de llevanza de la contabilidad.** Han tenido ocasión durante el concurso de convencer a la AC de que los mismos son suficientes para permitirles conocer la situación de la concursada, así como las causas que generaron la insolvencia, y también han tenido la ocasión durante la sustanciación de la pieza de calificación de practicar prueba que permita conocer la suficiencia de los mismos y no lo han hecho, razón por la que debemos compartir las conclusiones a las que llega la resolución recurrida cuando considera que **la existencia de esos apuntes no comportan prueba suficiente de que la concursada cumpliera sustancialmente el deber de llevanza de la contabilidad.**

SÉPTIMO. 18. Subsidiariamente solicita el recurre la rebaja de la pena de inhabilitación de cinco años que le ha sido impuesta a dos años y que también se rebaje la responsabilidad concursal.

19. En cuanto a la sanción de inhabilitación, aunque creemos que no es irrazonable que la resolución recurrida haya optado por un plazo de cinco años en lugar de por un plazo inferior, dado que los hechos imputados creemos que ostentan gravedad suficiente para justificarlo, estimamos que es más razonable rebajar el plazo de inhabilitación a los dos años atendiendo a que únicamente apreciamos la concurrencia de una causa de culpabilidad.

20. No creemos que esté justificada, en cambio, la modificación de la responsabilidad concursal declarada. Aunque no compartamos en este punto las razones que justifican la imposición de la totalidad del déficit, si compartimos la conclusión a la que llega la resolución recurrida. El criterio que justifica la imposición de todo el déficit se encuentra implícito en la propia naturaleza de la causa que ha determinado la calificación culpable y no creemos que consista en la gravedad de la conducta. Como hemos anticipado, la ausencia de una contabilidad que permita conocer a la AC cuáles han sido las causas que han generado la insolvencia determina que consideremos razonable imputar al administrador de la sociedad todo el déficit, atendido que consideramos que incumbe al mismo acreditar que tanto la existencia del déficit como su importe obedece a causas que no le son imputables. Esto es, la concurrencia de esta causa de culpabilidad determina que debemos presumir que todo el déficit es imputable al administrador, por el hecho de que con su conducta el administrador de la sociedad ha impedido que se pueda conocer qué otras causas lo han determinado y en qué medida, todo ello sin perjuicio de que pueda el administrador acreditar en el proceso el grado de incidencia causal que le sea imputable a otros motivos generadores de la insolvencia, para exonerarse, en todo o en parte, de responsabilidad.

21. No se ha practicado prueba alguna que permita concluir que exista una imputación causal de la insolvencia a causas distintas a la conducta del administrador de la sociedad. No creemos que sea razón suficiente el hecho, alegado por primera vez en el propio recurso, razón por lo que no lo podemos tomar en consideración, de que previamente haya podido pagar personalmente deudas de la sociedad. Y, aunque pudiéramos tomarlo en consideración, tampoco creemos que el mismo sea un hecho relevante pues no desacredita el criterio de imputación del déficit a que antes hemos hecho referencia sino que más bien lo refrenda.

OCTAVO. 22. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, estimado en parte el recurso, no procede hacer imposición de las costas.

Capítulo 10.- Conclusión.

Conclusión del concurso y reapertura.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 120/2012, de 16 de Octubre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Si la **pluralidad** aparente de acreedores y créditos que permitió la admisión se revela **ficticia** (sólo existe un solo acreedor), y la solicitud de la deudora está orientada a finalidades distintas de las que son propias del procedimiento concursal, se debe dar por concluido el concurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Según resulta de las actuaciones del juzgado remitidas a este tribunal:
 - a. El concurso voluntario de MIT. CAT., S.L. se declaró por auto de 25 de febrero de 2010.
 - b. En escrito presentado el 20 de mayo de 2010, la Agencia Tributaria (AEAT) expuso que el informe inicial de la administración concursal (AC) de 7 de abril de 2010 hacía constar como único acreedor de la concursada a la AEAT, con un crédito de 791.888,39 euros. La AEAT solicitaba la conclusión y el archivo del procedimiento concursal, por no cumplirse el requisito de la pluralidad de acreedores.
 - c. Conferido traslado de la petición, la AC se opuso y alegó que habían sido reconocidos créditos a tres acreedores.
 - d. También se opuso al archivo la concursada, que alegó la extemporaneidad de la petición de la AEAT y la existencia de una pluralidad de acreedores.

2. El auto del juzgado mercantil de 1 de septiembre de 2010, que acuerda el archivo del concurso, aquí impugnado, acoge la solicitud de la AEAT porque considera que la documentación acompañada con la solicitud de concurso pone de manifiesto que, en realidad, hay un solo acreedor, la propia AEAT, y que el concurso se presenta para evitar o retrasar la ejecución de la AEAT. La Sra. magistrada observa que la memoria presentada por la concursada no hace referencia al devenir del negocio, a la situación de insolvencia, a la fecha en que comienza la imposibilidad de afrontar los pagos ordinarios, ni siquiera a los otros dos acreedores.

En relación con esos dos créditos (al parecer, de unos 2.000 euros, de la empresa que efectuó un estudio para recurrir ante la AEAT y de la sociedad para la que factura la letrada que presentó el concurso – letrada que, en escrito de 9 de marzo, manifestó haber recibido 18.000 euros en concepto de provisión de fondos), la juez concluye que han sido buscados con la finalidad de presentar el concurso y que se está ante un fraude de ley que no puede admitirse.

3. Contra el auto, MIT. CAT., S.L. interpone recurso de reposición que es desestimado. A partir de ese momento, las actuaciones procesales siguen una intrincada dinámica de recursos y de resoluciones de admisión y de inadmisión hasta que, finalmente, el juzgado admite el recurso de apelación en examen, que reitera las alegaciones efectuadas ante el juzgado e impugna la conclusión del procedimiento alegando: a) la existencia de una pluralidad de acreedores y b) la ausencia de previsión legal de tal causa de conclusión del concurso.

4. Son razonables las dudas de la Sra. juez mercantil sobre la admisibilidad del recurso de apelación. Se recurre contra un auto que rechazaba la reposición de un auto anterior y, como tal, no sería susceptible de apelación, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). Ahora bien, el artículo 197 de la Ley concursal (LC) permite que las partes reproduzcan la cuestión en la apelación más próxima. Visto el contenido del auto apelado, que pone fin al procedimiento, no existe esa posibilidad de diferir la apelación. Esa razón está en la base de la admisión del recurso.

5. El primer argumento del recurso es el relativo a la existencia de varios acreedores. La parte apelante reconoce expresamente que la pluralidad de acreedores constituye un presupuesto para la declaración de concurso, tal como ha entendido la Sra. magistrada, lo cual nos releva de mayores razonamientos al respecto.

No contamos, en esta segunda instancia, con el informe de la AC –original ni copia- en el que la AEAT fundamentó su solicitud de archivo. A partir de las alegaciones de los diferentes intervinientes en el procedimiento, debemos concluir que, en la relación correspondiente, junto a la AEAT aparecen otros dos acreedores (D.E., S.L. y A.E., S.A.P.). Así lo alegan la concursada y el AC y así lo reconoce expresamente la AEAT.

También el auto impugnado parte de la inclusión en la lista de esos dos créditos y del de la AEAT. Sin embargo, la Sra. magistrada aprecia un fraude de ley, en los términos descritos en el fundamento de derecho 2 de esta resolución. **No se desvirtúan en esta segunda instancia los datos fácticos en que el auto del juzgado fundamenta la conclusión de uso desviado del procedimiento de concurso: la naturaleza y la titularidad de los dos créditos de alrededor de 2.000 euros que acompañan al crédito de casi 800.000 euros de la AEAT (crédito de la empresa que asesoró a la concursada para recurrir ante la AEAT y crédito de la sociedad por la que factura la letrada que presenta el concurso); la ausencia, en la memoria de la solicitud de concurso, de datos sobre el devenir del negocio, sobre la situación de insolvencia y sobre la fecha en que comienza la imposibilidad de hacer frente a los pagos ordinarios; la ausencia de otros acreedores y la falta incluso de mención de los dos supuestos acreedores que completan la apariencia inicial de pluralidad.** La memoria queda limitada a la narración del devenir de la deuda con la AEAT.

6. La sociedad apelante –y entramos así en la segunda de las alegaciones del recurso- alega que, por otra parte, una vez iniciado el concurso, la inexistencia, sobrevenida o no, de una pluralidad de acreedores no podría motivar, en ningún caso, la conclusión del procedimiento, puesto que aquélla no se halla entre las causas prevista en el artículo 176 LC.

Es cierto que el artículo 176 LC, en la redacción vigente al dictarse el auto impugnado, no contenía ninguna previsión específica en ese sentido. Sin embargo, **las mismas razones que abonan la necesidad –no discutida por la recurrente- de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión del procedimiento cuando se advierte que esa pluralidad no existe.** Ni uno ni otro supuesto están regulados en un precepto específico de la LC: sus efectos derivan de la naturaleza misma del concurso (*concursum*) como procedimiento universal.

A la vista de las actuaciones, consideramos, como la juez mercantil, que **la pluralidad aparente de créditos que permitió la admisión se ha revelado ficticia y que la solicitud de la deudora estaba orientada a finalidades distintas de las que son propias del procedimiento concursal**. Por ello, debemos desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto impugnado.

7. La desestimación del recurso determina la imposición de las costas de la segunda instancia a la parte apelante (artículos 398.1 y 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 123/2012, de 17 de Octubre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: En los términos del artículo 176.4 LC, el patrimonio de los deudores no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento, con bienes gravados con hipotecas y bienes muebles de escaso valor, así como con falta de rentas embargables. Se debe, por ello, proceder a la **conclusión inicial del concurso por falta de bienes**.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. Los Sres. O.G.G. y S.Z.G., cónyuges en proceso de divorcio, solicitan la revocación del auto del juzgado mercantil que acuerda la conclusión del concurso que ambos presentaron, por insuficiencia de masa activa. Según el recurso, existen unos bienes por valor de 244.303,32 euros que permitirían atender los gastos del procedimiento concursal.

2. El Sr. magistrado fundamenta el auto de conclusión del concurso en lo dispuesto en los artículos 176.1.3 y 176 bis de la Ley concursal (LC), redactados por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Conforme al artículo 176.1.3 LC, procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa. Más concretamente, el artículo 176 bis.4 establece: "*También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.*"

En el auto impugnado se razona que, para valorar si el activo de los concursados permite atender los previsibles créditos contra la masa, habrá que estar a la información proporcionada por el propio deudor y, fundamentalmente, a la valoración de los bienes y derechos incluidos en el inventario. Los bienes afectos a privilegios especiales sólo se computarán, a estos efectos, en la medida en que su valor supere al del crédito que garantizan.

3. Entrando a examinar los datos de hecho del caso, debemos compartir la valoración del juez mercantil.

El único activo relevante de los deudores es su vivienda habitual, gravada con una hipoteca. Ello conduce, efectivamente, a pensar que la entidad bancaria que otorgó el préstamo hipotecario se dirigirá contra los deudores en un procedimiento de ejecución que no podrá suspenderse, habida cuenta que no se trata de un bien afecto a la actividad de sus propietarios. Por otra parte, de acuerdo con los datos aportados en la propia solicitud de concurso, el importe de la deuda

hipotecaria (364.761,11 euros) es superior al actual valor de tasación de la vivienda (240.000 euros).

Los restantes bienes son dos vehículos, que los deudores valoran en 500 euros cada uno; la suma de 447 euros en un plan de pensiones inembargable y el salario de la Sra. Z. y el Sr. G., cuyo nivel de ingresos es prácticamente inembargable por no superar los límites de la Ley de enjuiciamiento civil.

El recurso no ha desvirtuado en ninguna forma los datos anteriores ni tampoco la apreciación del Sr. magistrado sobre la **imposibilidad, a la vista de la documentación presentada, de entablar acciones de rescisión o de impugnación.**

Por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, en resumen, por concluir, **en los términos del artículo 176.4 LC, que el patrimonio de los deudores no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento –de los dos procedimientos concursales que deberían tramitarse, en su caso, uno por cada deudor-** debemos confirmar la resolución impugnada, con desestimación del recurso de apelación.

4. Atendida la desestimación del recurso, procede imponer las costas a la parte apelante, en aplicación del artículo 398.1. de la Ley de enjuiciamiento civil.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 135/2012, de 20 de Noviembre de 2012.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Cumplido el supuesto previsto en el artículo 176 bis.4 LC en relación a la **insuficiencia de masa activa** (ausencia de tesorería o ingresos; no previsión de acciones de reintegración y existencia de un único bien, con alto gravamen), no es procedente continuar el procedimiento concursal, sino acordar su conclusión, a menos que se desvirtúen los datos de hecho.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. Don F.A.F., que solicitó la declaración de concurso voluntario, impugna en la apelación el auto del juzgado mercantil que declara el concurso y seguidamente acuerda la conclusión del procedimiento, por insuficiencia de masa activa, en aplicación de los artículos 176.1.3 y 176 bis de la Ley concursal (LC). Como resulta con claridad de los razonamientos jurídicos del auto impugnado, el juez mercantil tuvo en cuenta, en esencia: que el solicitante tiene solamente una vivienda –más exactamente, una mitad indivisa de la vivienda familiar-, cuyo valor es inferior al saldo deudor del préstamo hipotecario que la grava; que la vivienda no está afecta a la actividad comercial o empresarial del deudor y, por tanto, la ejecución hipotecaria no se vería afectada por el concurso (artículo 56 de la LC); que el deudor carece de tesorería y no cuenta con otros bienes ni derechos ni informa que perciba un salario u otro tipo de remuneración y que no son previsibles acciones de reintegración ni de responsabilidad de terceros (se trata de un concursado persona física).

2. En el recurso se impugna la inmediatez y el automatismo en la decisión de la conclusión del concurso de oficio por el juez, sin haber contado con la intervención de la administración concursal (AC), cuyo informe el apelante considera necesario para el archivo. Entiende que el procedimiento debe continuar con el nombramiento e intervención de la AC, hasta la promulgación de un plan de liquidación, a partir del cual la AC, en su caso, debería comunicar al juez la insuficiencia de la masa activa, con una certeza imposible de apreciar en el momento de la declaración del concurso.

El Sr. F.A.F. afirma que la decisión del juzgado se apoya únicamente en la valoración actual de la vivienda efectuada por el propio solicitante en su inventario de bienes y derechos, a partir de la inexistencia, en los últimos tres años, de ofertas de compra por precio superior, lo que puede obedecer a factores ajenos a la propia valoración de la finca, como la falta de acceso al crédito debido a la crisis financiera que padece el país. El recurrente añade que, pese a que no hace pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario desde el año 2010, por la ausencia de ingresos de la unidad familiar, la acreedora hipotecaria no le ha notificado el vencimiento anticipado del préstamo ni ha instado la ejecución hipotecaria singular.

3. No pueden acogerse las alegaciones del recurso.

Consideramos que el Sr. magistrado aplica debidamente los artículos 176.1.3 y 176 bis de la Ley concursal (LC), en su redacción vigente, por Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Conforme al artículo 176.1.3 LC, procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa. A diferencia de las previsiones de la LC anteriores a la reforma, que exigían informe de la AC previo al auto de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos (artículo 176.1.4, 176.2 y 176.4), el actual artículo 176 bis.4 LC establece que la conclusión por insuficiencia de masa pueda acordarse en el mismo auto de declaración de concurso *"cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros"*.

Para apreciar que el patrimonio del concursado no permitirá atender los créditos previsible contra la masa, el auto impugnado atiende a la información proporcionada por el propio deudor y, fundamentalmente, a la valoración de los bienes y derechos incluidos en el inventario. Los bienes afectos a privilegios especiales sólo se consideran computables, a estos efectos, en la medida en que su valor supere al del crédito que garantizan.

El recurso no ha desvirtuado esos datos de hecho tenidos en cuenta por el juez (ausencia de tesorería y de cualquier tipo de ingresos; no previsión de acciones de reintegración y existencia de un único bien, consistente en la mitad indivisa de la vivienda hipotecada). Concretamente, por lo que atañe a la finca, es la propia documentación aportada por el solicitante de concurso la que la valora por debajo del importe del crédito garantizado, cualquiera que sea la razón de la reducción respecto del importe de tasación del momento del otorgamiento del préstamo.

Cumplido el supuesto previsto en el artículo 176 bis.4 LC, no es procedente continuar un procedimiento concursal costoso y estéril, sino acordar su conclusión, como decidió la resolución impugnada que, en consecuencia, debe confirmarse.

4. Atendida la desestimación del recurso, procede imponer las costas a la parte apelante, en aplicación del artículo 398.1. de la Ley de enjuiciamiento civil.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 141/2012, de 22 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación con la **conclusión del concurso por insuficiencia de la masa** (art. 176 bis), la mera tramitación coordinada de varios concursos acumulados –inicial o sobrevenidamente- y la no consolidación de masas (distintas personas físicas), obliga a realizar un análisis individualizado de cada uno de los patrimonios de los deudores, y determinar si cada uno de ellos es suficiente para atender los créditos contra la masa que sean directamente imputables a ellos.

La **carencia de tesorería**, de actividad económica e, incluso, de bienes inmuebles sin remanente tras cubrir los créditos a los que están afectos, son señales favorables a la conclusión del concurso.

No se considera válida una mera **expectativa crédito** o la posibilidad de que un tercero garantice los créditos contra la masa que se devenguen, si no se identifica a ese tercero.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, tras declarar en estado de concurso voluntario al solicitante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 bis de la Ley Concursal, acuerda la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Según el auto apelado, la solicitante, que no tiene actividad ni trabajadores, carece de tesorería. Sólo es titular de dos bienes inmuebles (una vivienda y una plaza de parking). La vivienda está gravada por dos hipotecas por un importe superior al del valor del inmueble. Y por lo que se refiere a la plaza de parking, al entender del *juez a quo*, atendida la situación del mercado inmobiliario, sólo permitirá cubrir el importe del crédito hipotecario al que está afecto.

La solicitante recurre en apelación el auto alegando que, por error, omitió del inventario un posible derecho de crédito frente a BANKIA, contra la que ha interpuesto una demanda en reclamación de 75.514,46 euros de la que conoce el Juzgado de Primera Instancia 1 de Sabadell (autos 961/2011). Por otro lado alega que el Juez no requirió a la deudora para que le informara si un tercero garantizaba los créditos contra la masa que se pudieran generar.

SEGUNDO.- El artículo 176 bis de la Ley Concursal regula extensamente la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, que también se contempla como causa de conclusión “en cualquier estado del procedimiento” en el artículo 176.3º. Dicho precepto ha sido introducido por la Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La norma modifica sustancialmente la situación anterior. Mientras el artículo 176.3º, en su redacción originaria, sólo permitía la conclusión si se comprobaba la “inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables”, el **vigente artículo 176 bis establece que “desde la declaración de concurso procederá la conclusión por insuficiencia de masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficientes”.**

Coherente con la previsión inicial de que la conclusión puede acordarse a partir del momento mismo de la declaración de concurso, el apartado cuarto del artículo 176 bis dispone que “también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros”.

Por tanto, tras la Reforma, cabe la conclusión, en la misma resolución que declara el concurso, aunque el concursado disponga de bienes, si éstos no resultan “presumiblemente” suficientes para atender los créditos contra la masa que vayan a devengarse durante el procedimiento. El juez del concurso, en definitiva, deberá contraponer el patrimonio declarado por el deudor con los créditos contra la masa que entienda que necesariamente van a producirse. En esa ponderación deberá extremar la prudencia, pues su juicio sobre la suficiencia de la masa deberá basarse, al menos en los concursos voluntarios, solamente con la información que le proporcione el deudor.

En línea con lo afirmado en la resolución recurrida, para valorar si el activo del concursado permite atender los previsible créditos contra la masa, habrá que excluir los bienes afectos a privilegios

especiales, que sólo se computarán, a estos efectos, en la medida en que su valor supere el crédito que garantizan (artículo 154 de la LC). Tampoco se tomarán en consideración los bienes embargados en un procedimiento administrativo o laboral que no sean necesarios por la continuidad del negocio, a los que el artículo 55 reconoce el derecho de ejecución separada.

Si son previsibles acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, el juez habrá de declarar el concurso y ordenar su continuación, pese a que los bienes del deudor, en principio, pudieran no ser suficientes para atender los créditos contra la masa. Para ello deberá valorar las circunstancias que rodean al deudor, la importancia y composición del activo y del pasivo y, en general, toda la información que resulte de la solicitud y de los documentos acompañados. La posible calificación del concurso como culpable, paradójicamente, no será obstáculo para la conclusión, a diferencia de lo que acontece si ésta se promueve en otra fase del procedimiento.

TERCERO.- En el presente caso la *juez a quo* hace un análisis riguroso del inventario de bienes, concluyendo, de forma acertada, que la masa activa no será suficiente para atender los créditos contra la masa, por escasos que éstos pudieran ser. El recurrente no cuestiona en su recurso que carece de tesorería, que no desarrolla ninguna actividad que le pueda reportar algún ingreso e, incluso, tampoco pone en duda que los bienes inmuebles sólo permitirán cubrir los créditos a los que están afectos, sin que sea previsible que reste algún remanente.

Dos serían, a su entender, los argumentos que deberían haber llevado al juez a ordenar la continuación del procedimiento. De un lado, la existencia de un posible crédito frente a BANKIA, que se dirime en un Juzgado de Sabadell. **No se trata, por tanto, de un crédito cierto, sino de una mera expectativa.** En el recurso se aduce que la sentencia podría ser inminente, al estar señalada la vista para el pasado 27 de marzo. No parece que haya recaído sentencia estimatoria, pues en tal caso es de suponer que se habría aportado a los autos. Entendemos, por tanto, que esa expectativa de crédito no ha de impedir la conclusión del concurso, sin perjuicio de que se reabra si finalmente el crédito se hace efectivo (artículo 179.2º de la Ley Concursal).

En segundo lugar la recurrente alude a la posibilidad de que un tercero garantice o atienda los créditos contra la masa que se devenguen, posibilidad contemplada en el apartado primero del artículo 176 bis. Sin embargo, ni en la solicitud ni en el recurso **identifica a ese tercero.**

Por todo ello procede desestimar el recurso, confirmando la resolución recurrida.

CUARTO.- Que en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 145/2012, de 29 de Noviembre de 2012.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Respecto al régimen normativo transitorio anterior a la Reforma de 2011, el art. 176 bis 4 se aplica a las solicitudes de concurso que se presenten tras la entrada en vigor de la ley de reforma; es decir, no resulta de aplicación si la solicitud se ha presentado con anterioridad.

Por tanto, salvo que otra cosa resulte de las disposiciones transitorias de una ley de reforma, a una demanda o solicitud procesal se le aplicará, al menos en su admisión, eficacia y consecuencias, la norma procesal vigente al tiempo de su presentación.

Así, la normativa anterior a la reforma, (vigente a la fecha de presentación la solicitud), no permitía la conclusión del concurso en el mismo auto que lo declaraba. Por lo que no

procede la inadmisión de la solicitud de concurso por la previsible insuficiencia de la masa activa.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. El auto del juzgado mercantil aplicó a la solicitud de concurso voluntario del Sr. F.U.G. el artículo 176 bis, apartado 4, de la Ley Concursal, introducido por la Ley de reforma de 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, y, de acuerdo con esta nueva previsión normativa, declaró el concurso voluntario y al mismo tiempo acordó su conclusión por apreciar la insuficiencia patrimonial para atender los créditos contra la masa y no ser previsible acciones de rescisión ni de responsabilidad contra terceros.

2. El solicitante basa su recurso en que dicho precepto no estaba en vigor a la fecha en que fue presentada la solicitud de concurso (30 de diciembre de 2011) y, en cualquier caso, en la suficiencia de bienes para atender los gastos del concurso, toda vez que, aparte de ser titular de la finca que indicaba en el inventario, percibe un salario regular que alcanza 31.776 € anuales, según la documentación que aporta.

SEGUNDO. 3. El presente asunto plantea una relevante **cuestión de derecho intertemporal**, generada por la entrada en vigor de la referida Ley 38/2011, que introduce un nuevo precepto, el art. 176 bis, con su nuevo apartado 4, que es el que aplica el auto apelado a la **solicitud de concurso voluntario presentada por la parte apelante el 30 de diciembre de 2011, cuando la reforma entró en vigor el 1 de enero de 2012. Debemos tener en cuenta estas fechas.**

La aplicabilidad de la nueva norma a la solicitud de concurso presentada con anterioridad a su entrada en vigor deberá ser analizada de acuerdo con el **régimen de derecho transitorio establecido por la ley de reforma**. Advertimos que la solución correcta, adecuada a ese régimen, no resulta del todo clara, pues dicha ley, al regular el régimen intertemporal, no lo hace en ocasiones con términos inequívocos; por el contrario, el concreto régimen aplicable al nuevo apartado 4 del art. 176 bis, suscita una duda interpretativa, pues posibilita la siguiente alternativa:

a) **El apartado 4 del nuevo art. 176 bis se aplica a las solicitudes de concurso que se presenten tras la entrada en vigor de la ley de reforma; es decir, no resulta de aplicación si la solicitud se ha presentado con anterioridad.**

b) El citado apartado 4 es aplicable, aunque la solicitud de concurso haya sido presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, si el auto que ha de decidir la declaración de concurso se dicta, o debe ser dictado (tras las pertinentes subsanaciones de la solicitud), una vez en vigor la ley de reforma.

4. Tras el análisis del régimen transitorio, en conjunta interpretación de las diversas disposiciones y conjugando unas con las otras, **estimamos que la primera opción interpretativa es la correcta**. Se aviene, además, con la regla general de derecho procesal intertemporal que, en garantía del principio constitucional de seguridad jurídica, recoge con carácter general el art. 2 de la LEC:

“Artículo 2. Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles.

Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”.

Es decir, **salvo que otra cosa resulte –con claridad, añadimos– de las disposiciones transitorias de una ley de reforma, a una demanda o solicitud procesal se le aplicará, cuanto menos en punto a su admisión, eficacia y consecuencias, la norma procesal vigente al tiempo de su presentación.**

Fundamentamos seguidamente nuestro criterio.

TERCERO. 5. En orden a la aplicación del apartado 4 del nuevo art. 176 bis debe comprobarse, en primer lugar, si existe una norma específica de derecho transitorio en la propia Ley de reforma.

La disposición transitoria undécima se refiere a la aplicación del nuevo art. 176 bis, pero excepciona su apartado 4:

“Disposición Transitoria undécima. Conclusión del concurso.

El artículo 176 y el 176 bis -con la salvedad de su apartado 4-, así como los artículos 178 y 179 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, comenzarán a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor”.

Es decir, el apartado 4 del art. 176 bis queda fuera del ámbito de aplicación de esta norma de derecho transitorio. Pero de ella podemos obtener unas primeras conclusiones: *sensu contrario*, el apartado 4 del art. 176 bis no se aplicará a *“los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor”* (de la Ley de reforma).

Se plantea seguidamente la cuestión de determinar el significado de la expresión *“concursos en tramitación”*.

6. Del examen del resto de las disposiciones transitorias se desprende con claridad que el régimen transitorio legal contempla la distinción entre,

-de un lado, *“concursos en tramitación a la entrada en vigor de la presente ley”*; términos que se emplean en varias disposiciones transitorias: así, la DT primera, apartado 2; la segunda, apartados 2 y 3; la tercera, apartado 2.2; la cuarta; la sexta; la séptima –aunque aquí alude a *“procedimientos en curso...”*; la octava; la novena; la décima; y la undécima, sin ser exhaustivos;

-y, de otro lado, *“concursos solicitados”* y/o *“solicitudes”* de concurso; así, la disposición transitoria primera, que se refiere a *“solicitudes que se presenten...”*, y la segunda, apartado 1, que se refiere a *“concursos solicitados con anterioridad a su entrada en vigor”*.

La razón de esta distinción –estimamos, en lógica apreciación- es que hay preceptos materiales (no de derecho transitorio) que sólo resultan aplicables a procedimientos en los que el concurso ya ha sido declarado, es decir, a fases procedimentales posteriores al auto de declaración de concurso. A tales supuestos debe referirse el régimen transitorio de la Ley de reforma con los términos: *“concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor”*, cuyo entendimiento sería *“concursos ya declarados a la fecha de 1 de enero de 2012”*. Las correspondientes normas transitorias que aluden a *“concursos en tramitación”* se referirían, por tanto, a procedimientos concursales en los que el concurso ha sido declarado con anterioridad al 1 de enero de 2012.

Si el concurso ha sido declarado con posterioridad al 1 de enero de 2012, no hay problema interpretativo, pues conforme a la DT primera, general, se aplicará la reforma, siempre que se trate de preceptos materiales aplicables a la fase posterior a la declaración de concurso, y salvo que otra cosa dispongan las disposiciones transitorias especiales.

En coherencia, la reforma no podrá aplicarse a los concursos ya declarados a la fecha de su entrada en vigor si las correspondientes normas materiales sólo son aplicables a la fase anterior a la declaración o a la propia declaración, sino a trámites posteriores a la declaración del concurso; así, normas relativas a la administración concursal, comunicación y reconocimiento de créditos, aspectos laborales, liquidación, calificación, etc.

Y es que la reforma afecta a normas concursales que son de aplicación a la fase declarativa del concurso, anterior a su declaración: así, por ejemplo, las relativas a la solicitud del concurso y al propio auto de declaración, como el apartado 4 del art. 176 bis, o el nuevo art. 25, relativo a la solicitud y declaración conjunta de concurso de varios deudores.

Es lógico que el nuevo art. 25, reformado por dicha Ley, relativo a la “declaración conjunta de concursos de varios deudores”, aplicable a las solicitudes de concursos (no así, lógicamente, a los concursos ya declarados), se excluya de la disposición transitoria octava, que sólo se refiere al art. 25 bis y 25 ter, aplicables a concursos ya declarados, respecto de los cuales dicha disposición transitoria dice que la nueva redacción de tales preceptos se aplicará a los “*concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor*”.

7. Pues bien; el apartado 4 del art. 176 bis sólo resulta aplicable a concursos no declarados aún, pues regula precisamente la declaración del concurso, contemplando la posibilidad de que en el mismo auto de declaración se declare su conclusión por insuficiencia de masa activa. En consecuencia, la nueva Ley no puede ordenar que este apartado se aplique a los “*concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor*”, es decir, a los concursos ya declarados a esa fecha, y por eso lo excluye de la disposición transitoria undécima, referida a las nuevas normas sobre la conclusión del concurso.

Si no rige para el apartado 4 del art. 176 bis la DT undécima, especial, debe someterse al régimen general de derecho transitorio que recoge la DT primera: “*La presente ley se aplicará a las solicitudes que se presenten y concursos que se declaren a partir de su entrada en vigor*”.

En la interpretación que hemos expuesto cobra sentido la distinción entre “*solicitudes que se presenten*” y “*concursos que se declaren*” a partir de su entrada en vigor”, porque hay nuevos preceptos que, en atención a la fase procesal que regulan, serán aplicables a la fase anterior a la declaración y a la propia declaración de concurso, y otros a las fases ulteriores a la declaración del concurso.

De este modo, la aplicabilidad del apartado 4 del art. 176 bis, en el aspecto intertemporal, se rige por el primer inciso de la DT primera, que se refiere a las “*solicitudes de concurso que se presenten*”, y se completa con la frase “*a partir de su entrada en vigor*”.

Entendemos que así cobra sentido el sistema y, sobre todo, la DT general, primera, que con respecto a las solicitudes respeta la regla general que recoge el art. 2 LEC.

En definitiva, el apartado 4 del nuevo art. 176 bis se aplica, sólo, a las solicitudes de concurso que hayan sido presentadas después de la entrada en vigor de la reforma.

CUARTO. 8. Rige en este caso, por tanto, la normativa anterior a la reforma, esto es, la vigente a la fecha de presentación la solicitud, que no permitía la conclusión del concurso en el mismo auto que lo declaraba. Interpretando este régimen, este tribunal ha venido manteniendo que no procedía la inadmisión de la solicitud de concurso por la previsible insuficiencia de la masa activa.

9. En todo caso, el art. 176 bis.4 exige que la insuficiencia patrimonial resulte “de manera evidente”, y en este caso esa evidencia es relativa, considerando que el solicitante cuenta, además de la finca que identificó en el inventario, con un salario laboral de unos 3.000 euros mensuales.

QUINTO. 10. En definitiva, procede estimar el recurso, sin imposición de costas.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 17/2013, de 6 de Febrero de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación con la **conclusión del concurso por insuficiencia de la masa** (art. 176 bis), la mera tramitación coordinada de varios concursos acumulados –inicial o sobrevenidamente- y la no consolidación de masas (distintas personas físicas), obliga a realizar un análisis individualizado (y no conjunto) de cada uno de los patrimonios de los deudores y determinar si cada uno de ellos es suficiente para atender los créditos contra la masa que sean directamente imputables a ellos.

No cuenta como activo una vivienda valorada por debajo del crédito hipotecario, así como una pensión, si es inembargable.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, tras declarar en estado de concurso voluntario a la solicitante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 bis de la Ley Concursal, acuerda la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Según el auto apelado, el deudor carece de tesorería –únicamente dispone de 21,36 euros- y tampoco cuenta con otros ingresos, al encontrarse en situación de desempleo tras el concurso de la sociedad familiar para la que venía trabajando. El único bien que integra el activo –el 50% de la vivienda familiar-, valorada en 515.550 euros, está gravado con una hipoteca cuyo principal asciende a 706.880,76 euros, excediendo, por tanto, del valor del inmueble.

La parte actora recurre en apelación el pronunciamiento relativo a la conclusión del concurso. Alega, en primer lugar, incongruencia por omisión, al no haberse pronunciado la resolución recurrida sobre la petición de acumulación formulada por otrosí digo. En segundo lugar, alega vulneración del artículo 176 bis de la Ley Concursal por cuanto, a su entender, ha de valorarse el activo de las tres personas físicas socias de la mercantil CO., S.L. que han solicitado el concurso conjuntamente. Por último añade que el valor de la vivienda supera el del crédito hipotecario y, en contra de lo reseñado en la resolución recurrida, afirma que cuenta con una pensión de 1.966 euros.

SEGUNDO.- El artículo 176 bis de la Ley Concursal regula extensamente la **conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa**, que también se contempla como **causa de conclusión “en cualquier estado del procedimiento” en el artículo 176.3º**. Dicho precepto ha sido introducido por la Reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La norma modifica sustancialmente la situación anterior. Mientras el artículo 176.3º, en su redacción originaria, sólo permitía la conclusión si se comprobaba la “inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables”, el vigente **artículo 176 bis establece que “desde la declaración de concurso procederá la conclusión por insuficiencia de masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficientes”**.

Coherente con la previsión inicial de que la conclusión puede acordarse a partir del momento mismo de la declaración de concurso, el apartado cuarto del artículo 176 bis dispone que “también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsible créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros”.

Por tanto, tras la Reforma, cabe la conclusión, en la misma resolución que declara el concurso, aunque el concursado disponga de bienes, si éstos no resultan “presumiblemente” suficientes para atender los créditos contra la masa que vayan a devengarse durante el procedimiento. El juez del concurso, en definitiva, deberá contraponer el patrimonio declarado por el deudor con los créditos contra la masa que entienda que necesariamente van a producirse. En esa ponderación deberá extremar la prudencia, pues su juicio sobre la suficiencia de la masa deberá basarse, al menos en los

concursos voluntarios, solamente con la información que le proporcione el deudor.

En línea con lo afirmado en la resolución recurrida, para valorar si el activo del concursado permite atender los previsibles créditos contra la masa, habrá que excluir los bienes afectos a privilegios especiales, que sólo se computarán, a estos efectos, en la medida en que su valor supere el crédito que garantizan (artículo 154 de la LC). Tampoco se tomarán en consideración los bienes embargados en un procedimiento administrativo o laboral que no sean necesarios por la continuidad del negocio, a los que el artículo 55 reconoce el derecho de ejecución separada.

Si son previsibles acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, el juez habrá de declarar el concurso y ordenar su continuación, pese a que los bienes del deudor, en principio, pudieran no ser suficientes para atender los créditos contra la masa. Para ello deberá valorar las circunstancias que rodean al deudor, la importancia y composición del activo y del pasivo y, en general, toda la información que resulte de la solicitud y de los documentos acompañados. La posible calificación del concurso como culpable, paradójicamente, no será obstáculo para la conclusión, a diferencia de lo que acontece si ésta se promueve en otra fase del procedimiento.

TERCERO.- La apelante alega, en primer lugar, incongruencia por omisión, al no haberse pronunciado el Juzgado sobre la petición de acumulación de concursos, pretensión que no puede ser acogida. En efecto, el demandante no solicitó, en un mismo escrito, la declaración conjunta del concurso de CO., S.L. Y A. B., S.L. y de sus tres avalistas, sino que articuló la petición en distintos escritos, registrados por separado, solicitando, por otro sí digo, la acumulación. Por tanto, **la juez a quo no venía obligada a pronunciarse sobre la acumulación si de forma simultánea acordaba la declaración y conclusión de concurso, como así hizo.**

Pero es más, aun cuando admitiéramos que nos hallamos ante una solicitud conjunta por haberse presentado las cuatro peticiones al mismo tiempo, no es necesario que el Juzgado se pronuncie sobre la acumulación inicial si el concurso de tres de ellos no va a continuar por acordarse en el mismo auto la conclusión. Y esto enlaza con el segundo de los argumentos esgrimidos por la recurrente, que tampoco puede prosperar. En efecto, la actora justifica la necesidad de que el Juzgado se pronuncie previamente sobre la acumulación por cuanto considera que ha detenerse en cuenta y valorar “el activo del resto de las personas físicas cuyos concursos fueron solicitados y asimismo el activo con el que cuenta la mercantil CO., S.L.”. Pues bien, de acuerdo con el artículo 25 ter de la LC los concursos declarados conjuntamente y los acumulados “se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de masas”. Los efectos de la acumulación, por tanto, son muy limitados y de índole exclusivamente procesal, salvo en los supuestos excepcionales de confusión de patrimonios, con imposibilidad de deslindar titularidades, que no es el caso, dado que el concurso afecta a una sociedad y sus avalistas.

Por tanto, **la mera tramitación coordinada de los concursos acumulados –inicial o sobrevenidamente- y la no consolidación de masas, obliga a realizar un análisis individualizado de cada uno de los patrimonios de los deudores y determinar si cada uno de ellos es suficiente para atender los créditos contra la masa que sean directamente imputables a ellos.** Tampoco existe confusión en los créditos contra la masa, por lo que, incluso en los concursos declarados de forma conjunta, es posible concluir unos y continuar con otros.

CUARTO.- Limitado el análisis a las circunstancias personales y patrimoniales de Don A.P.V., la *juez a quo* hace un examen riguroso del inventario de bienes, concluyendo, de forma acertada, que la masa activa no será suficiente para atender los créditos contra la masa. El recurrente no cuestiona en su recurso que carece de tesorería. Sólo cuenta con un único bien, el 50% de su vivienda familiar, cuyo valor no supera el principal del crédito hipotecario que grava la finca. Aun cuando consideráramos el valor de todo el inmueble -1.031.100 euros-, dado el momento en que está datada la tasación (año 2008) y la evolución conocida del mercado de la vivienda, no es previsible que su valor de realización supere el principal (708.880,76 euros), intereses y costas de la ejecución. El propio solicitante fijó como “valor neto” de la vivienda hipotecada en “0 euros” y valoró la totalidad de sus bienes en 1.987,36 euros frente a un pasivo de 6.153.913,19 euros. Por tanto, **no es imaginable que reste sobrante tras la realización de la garantía y mucho menos, si lo hubiera, que con él se puedan atender unos créditos contra la masa que se estiman abultados, atendida la**

importancia del pasivo.

A todo ello debe añadirse que el acreedor hipotecario conserva en el concurso el derecho de abstención (artículo 123 de la LC) y, con alguna limitación, el derecho de ejecución separada (artículos 56 y 57 de la LC). En el presente caso, dado que el solicitante es una persona física que no consta lleve a cabo ninguna actividad empresarial, la ejecución hipotecaria no se verá limitada por la declaración de concurso, al no recaer sobre un bien afecto.

Ciertamente, el solicitante percibe una pensión de 1.966 euros que no se tuvo en consideración en la resolución recurrida. Sin embargo, en su mayor parte es inembargable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que tampoco ha de ser tenida en cuenta, a estos efectos, dado que la parte de la que se puede disponer ni tan siquiera permitirá atender los honorarios de la administración concursal y demás gastos procesales.

Por todo ello, procede desestimar el recurso, confirmando la resolución recurrida.

QUINTO.- Que en cuanto a las costas de la apelación, debe acogerse la petición de la recurrente y no hacer especial pronunciamiento, atendidas las dudas de hecho suscitadas y, fundamentalmente, el hecho de que el recurso se haya sustanciado con solo una parte.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 18/2013, de 7 de Febrero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: En cuanto a la **declaración y conclusión del concurso**, el art. 176 bis.3 permite declarar la insuficiencia de masa activa, aunque el deudor mantenga la propiedad de bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo valor de realización sería manifiestamente desproporcionado. Este supuesto incluye al titular formal de inmuebles afectos a cargas hipotecarias superiores a su valor de mercado, que determinan que su valor de realización sea nulo o insignificante.

La **insuficiencia de masa activa** es reforzada por carencia de dinero efectivo y otros bienes realizables, así como poseer como únicos ingresos una paga declarada inembargable.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. E.M.M., declarada en concurso, interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil en primera instancia acordando la **declaración y la simultánea conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa**, conforme a lo previsto en el art. 176 bis.4 LC, al apreciar el juzgado mercantil la evidente insuficiencia de los bienes de la masa para hacer frente a los gastos de sustanciación del procedimiento.

2. Frente a ello expone la solicitante, para fundar su recurso, que, contrariamente a lo que el auto recurrido expresa, tiene bienes suficientes para sustanciar el concurso, concretamente un activo de un valor de 363.740,63 euros y que precisamente lo que pretende con la solicitud es proteger dicho patrimonio y ordenar el procedimiento liquidatorio.

SEGUNDO. 3. El art. 176 bis.4 LC, norma que como todo el precepto procede de la reforma operada por Ley 38/2011, **autoriza al juez del concurso para poder ordenar su conclusión en el mismo momento de la declaración, siempre que aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no**

será suficiente para atender los créditos contra la masa, ni es previsible el ejercicio de cualquier acción que permita suplementarlo.

4. En el supuesto enjuiciado, la solicitante afirmó en su solicitud que sus ingresos mensuales están representados por una **pensión de 400 euros** que tiene reconocida en concepto de ayuda familiar. También afirma que es **titular de varios bienes inmuebles**, si bien todos ellos se encuentran **gravados con cargas hipotecarias muy superiores a su valor de mercado**. No expone que tenga otros bienes que los referidos.

5. Del art. 176 bis.3 resulta que **no impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo valor de realización sería manifiestamente desproporcionado**. Este es el caso en el supuesto enjuiciado en el que, **si bien puede ser cierto que la solicitante es titular formal de diversos inmuebles, todos ellos están afectos a cargas hipotecarias** (resistentes frente al concurso porque sus titulares gozan del privilegio de la ejecución separada), **que determinan que su valor de realización sea nulo o insignificante**.

6. Si a lo anterior se añade que **la solicitante carece de dinero efectivo y otros bienes realizables y que sus únicos ingresos declarados son inembargables**, es fácil concluir que resulta evidente la **insuficiencia de la masa activa para afrontar los gastos que el desarrollo del concurso lleva consigo**. Por consiguiente, debemos considerar bien fundada la resolución recurrida, lo que nos obliga a desestimar el recurso.

TERCERO. 7. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 149/2013, de **10 de Abril de 2013**.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Conforme al art. 176 bis 2 LC, la **insuficiencia actual de la masa activa** es suficiente para tomar la decisión de conclusión del concurso, sin perjuicio de que, el concurso pueda ser reabierto si los bienes de la concursada sin valor lleguen a adquirirlo (art. 179 LC). La posibilidad que los bienes adquieran valor en un futuro condicionado (convenio entre acreedores), no desvirtúa la debida conclusión del concurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia dictada por el juez mercantil resolvió el incidente de oposición a la conclusión del concurso que planteó la concursada INV. PROM., S.L. tras la presentación por la administración concursal (AC) de un informe en el que solicitaba la conclusión por insuficiencia de la masa activa, conforme al art. 176.1.3º y 176 bis LC.

La oposición de la concursada fue desestimada por la sentencia, que acordó la conclusión tras comprobar la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, ya que, tal como informó la AC, el único bien realizable que compone la masa activa se reduce a la cantidad de 42,51 euros, sin que posean valor alguno las participaciones sociales propiedad de la concursada en la sociedad vinculada PROM. RES. MED., S.A., al estar declarada en concurso esta sociedad.

Indicaba así mismo el juez del concurso que la concursada no ha propuesto la prestación de una garantía por un tercero para asegurar el pago de los créditos contra la masa, de acuerdo con la previsión del art. 176 bis apartado 1.

Finalmente, la sentencia salva la eventualidad de la reapertura del concurso de conformidad con el art. 179 LC, para el caso de que la concursada pudiera obtener más activos.

2. La concursada apela la decisión judicial reproduciendo los motivos que expuso en su escrito de oposición a la petición de conclusión.

En dicho escrito alegaba que el concurso vino motivado por su obligación como avalista de la indicada sociedad vinculada, PROM. RES. MED., S.A., en garantía de un préstamo concedido a esta última por varios bancos, que reclamaron a la concursada tras el impago de la prestataria.

Admite que el único activo que posee es un paquete de participaciones sociales de PROM. RES. MED., S.A. (que representan el 32,59 % del capital, aclara la AC).

La AC no otorgó valor alguno a estas participaciones ya que PROM. RES. MED., S.A. está declarada en concurso, por más que haya solicitado la continuidad de su actividad y pretenda alcanzar un convenio.

La concursada INV. PROM., S.L. se opone a la conclusión por un motivo principal: sin negar que el valor actual de sus participaciones en PROM. RES. MED., S.A. sea nulo, apunta que, no obstante, podrán adquirir valor si en el concurso de esta sociedad, que pretende continuar su actividad y cuenta con un importante patrimonio inmobiliario, se alcanza un convenio con los acreedores. En ese caso, reitera en su recurso, INV. PROM., S.L. ya no tendría que hacer frente a las obligaciones garantizadas con los avales prestados ante los bancos, de modo que finalizaría su actual estado de insolvencia.

3. Los motivos ofrecidos por la concursada no son idóneos para enervar la causa de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, que ha de entenderse *actual*. **A tenor del apartado 2 del art. 176 bis LC, "tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa" la AC deberá comunicarlo al juez del concurso, iniciándose de este modo el trámite para la declaración de conclusión. Añade el apartado 3 del mismo precepto que no impedirá la declaración de insuficiencia de la masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado, o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.**

4. No es discutido por la concursada que el valor actual del único bien relevante que integra la masa activa, las participaciones sociales de PROM. RES. MED., S.A., sea nulo, o esté desprovisto de valor de mercado, al estar declarada en concurso esta sociedad. Lo que propone como argumento que habría de impedir la conclusión es una **hipotética o eventual adquisición o recuperación de valor de esas participaciones, dependiendo de favorables vicisitudes, si bien inciertas, en el procedimiento de concurso de esta sociedad, concretamente que se alcance un convenio con los acreedores.**

Pero el argumento impugnatorio no desvirtúa la constatada insuficiencia actual de la masa activa, y ello basta para confirmar la decisión de conclusión que se impone en tal situación, sin perjuicio de que, conforme al art. 179 LC, el concurso pueda ser reabierto si en atención a circunstancias de -incierto- acaecimiento futuro los bienes de la concursada que actualmente carecen de valor lleguen a adquirirlo.

5. Así mismo, aunque sea logrado un convenio en el concurso de PROM. RES. MED., S.A. no por ello desaparecerá, necesariamente, el presupuesto objetivo del concurso de INV. PROM., S.L., por quedar liberada de su obligación como avalista ante los bancos, ya que este efecto depende a su vez de la postura que ante ese eventual convenio adopten los bancos acreedores, como resulta del art. 135 LC. Y en cualquier caso **la existencia de un convenio no garantiza que las participaciones sociales de las**

que es titular INV. PROM., S.L. adquieran un valor realizable de mercado suficiente para atender los créditos contra la masa.

6. Por último, la petición de acumulación de ambos concursos (que plantea el recurso como fórmula alternativa) debió haberse formulado de manera regular y formal ante el juez del concurso de conformidad con el art 25 bis LC, siendo inadmisibile su planteamiento en el trámite de oposición a la solicitud de conclusión.

7. Desestimado el recurso deben imponerse las costas al apelante (art. 398.1 en relación con el 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 89/2013, de 12 de Junio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En la **conclusión *exprés* de un concurso** (necesario) por insuficiencia de masa, conforme el artículo 176 bis.4 LC, no cabe concluir con la evidencia necesaria la insuficiencia patrimonial a que se refiere la norma, al presentar el acreedor un aparente vacío patrimonial y la concurrencia de varios acreedores insatisfechos.

Además, la decisión de conclusión es precipitada si no ha existido audiencia al deudor para conocer su contabilidad posterior, la evolución de sus negocios y los actos o negocios anteriores.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. La parte instante, PNE. J.J., S.L., invocando su condición de acreedora de LOG. MAR., S.L., solicitó (en junio de 2011) la declaración de concurso necesario de esta sociedad con fundamento en los hechos reveladores de la insolvencia que describen los apartados 1º, 2º y 4º del art. 2.4 LC.

El juzgado mercantil aplicó a esta solicitud de concurso necesario el nuevo artículo 176 bis, apartado 4, de la Ley Concursal, introducido por la Ley de reforma 38/2011, de modo que declaró el concurso necesario y en la misma resolución acordó su conclusión por apreciar la insuficiencia patrimonial para atender los créditos contra la masa y no ser previsibles acciones de rescisión ni de responsabilidad contra terceros.

2. El emplazamiento de la sociedad deudora fue negativo en su domicilio social, y no ha podido ser citada por medio de su administrador.

La resolución apelada admite la concurrencia del presupuesto objetivo para la constitución en estado legal de concurso necesario de acreedores, pero, de acuerdo con el apartado 4º del art. 176 bis LC, declara concluido el concurso por insuficiencia de masa activa. Considera que, de los datos aportados por el instante y del resultado de la averiguación de domicilio, no existe masa activa alguna para cubrir los gastos del concurso y no son previsibles acciones de rescisión concursal; el deudor carece de actividad desde hace, como mínimo, un año y aparecen como acreedores trabajadores y organismos públicos; y las acciones de responsabilidad contra el administrador difícilmente serían viables por falta absoluta de bienes.

3. La parte solicitante impugna la inmediata conclusión del concurso, argumentando que existe la fundada posibilidad de que el concurso sea calificado culpable, lo que impide la conclusión de conformidad con lo que dispone el apartado 1 del art. 176 bis LC, ya que existen datos que permiten concluir que ha habido

un incumplimiento del deber de solicitar el concurso en el plazo que establece el art. 5.1 LC, lo que, conforme al art. 165.1º LC, constituye una presunción legal de culpabilidad. Además, de acuerdo con el art. 165.3º LC, juega la misma presunción de concurso culpable por no haber depositado las cuentas anuales de los ejercicios siguientes al de 2008. Añade que el administrador de la sociedad deudora es propietario de varias fincas, lo que permitiría la efectividad de la acción de responsabilidad concursal al ser declarado culpable el concurso.

SEGUNDO. 4. Para acordar la conclusión del concurso en el mismo auto de su declaración, conforme permite el art. 176 bis.4, es necesario que el juez aprecie *“de manera evidente”* que el patrimonio del concursado *“no será presumiblemente suficiente”* para la satisfacción de los *“previsibles créditos contra la masa”* ni *“es previsible”* el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Pese a la equívoca redacción de la norma, que exige un juicio que alcance el grado de la evidencia (una apreciación *“de manera evidente”*) para seguidamente relativizar la evidencia con términos como *“presumiblemente”* o *“previsible”*, debe aceptarse, en lógica interpretación, en atención a que se trata de una resolución que se dicta en el momento inicial, que en todo caso está exigiendo del juez del concurso un conocimiento suficiente de la evolución económica y actual situación del deudor para poder pronosticar con fundamento (de *“manera evidente”*) que no existen en la masa activa bienes suficientes para atender los créditos contra la masa, que el deudor no ha realizado con anterioridad actos susceptibles de reintegración y que resultan inviables las acciones de responsabilidad personal, en el concurso de una sociedad, que prevé la propia LC (en el art. 172 bis LC).

5. Si bien la documentación aportada con la solicitud muestra un aparente vacío patrimonial y la concurrencia de varios acreedores insatisfechos, no por ello cabe concluir con la evidencia necesaria, en el actual estado, la insuficiencia patrimonial a que se refiere la norma y la inexistencia o inviabilidad de acciones de rescisión o reintegración y de responsabilidad del administrador o administradores, circunstancias todas ellas que, en conjunta apreciación, habilitarían para acordar la conclusión del concurso en la misma resolución que lo declara.

Tratándose de un concurso necesario, y más en el supuesto de no haber existido audiencia al deudor, debe procederse con prudencia (como expone el auto apelado) a la hora de aplicar la norma citada (art. 176 bis.4) pues, *a limine*, difícilmente podrá el acreedor proporcionar toda la información necesaria para que el juez alcance el pronóstico (con evidencia, según la norma) que autoriza la simultánea decisión de conclusión del concurso.

Sin oír al deudor y sin conocer su contabilidad posterior al ejercicio de 2008, la evolución de sus negocios y los actos o negocios anteriores, en suma, sin mayor información que la que el acreedor ha aportado con el objeto de justificar el presupuesto objetivo del concurso, la decisión de conclusión es precipitada, al existir la probabilidad de acopio de datos acerca de activos realizables, acciones de reintegración y de responsabilidad de los administradores, ante la posibilidad de que el concurso sea calificado culpable por agravamiento de la insolvencia originada por el incumplimiento del deber de solicitarlo en el plazo que establece el art. 5.1 LC.

TERCERO. 6. En definitiva, procede estimar el recurso, sin imposición de costas (art. 398.2 LEC).

Capítulo 11.- Procedimiento.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 326/2012, de 11 de Octubre de 2012.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: El **incidente concursal** es cauce adecuado para declarar **compensados entre sí los derechos de crédito** que se han reconocido en el procedimiento concursal a un acreedor ordinario con las deudas que asimismo se le han reconocido y que obran en el inventario.

No existe inconveniente procedimental; el **incidente concursal** es vía hábil para declarar extinción crediticia cuando el concurso se encuentra ya en la fase de liquidación, pues resultaría antieconómico remitir a las partes a un procedimiento declarativo ulterior cuando eso mismo puede conseguirse por medio del incidente concursal.

Para que opere la compensación, se deben dar los **requisitos** necesarios exigidos en el art. 1196 CC: ser créditos **líquidos, vencidos y exigibles**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. A.F., S.L. interpuso demanda de incidente concursal interesando del juzgado mercantil que conocía del concurso de F., S.L. que declarara la procedencia de la compensación parcial de su crédito (que obra reconocido en el concurso como crédito ordinario por importe de 16.054,90 euros) con las deudas que mantiene con la concursada, también recogidas en el inventario. Exponía que antes de la declaración del concurso (11 de mayo de 2010) concurrían los requisitos para que operara la compensación de los créditos recíprocos existentes entre las partes por la cantidad concurrente, razón por la cual únicamente debía aparecer un crédito en el concurso a favor de la concursada por importe de la diferencia, esto es, 4.491,70 euros, a la vez que debía reducirse el importe del crédito que tenía reconocido por la cantidad de 20.423,40 euros a la cantidad de 8.860,20 euros.

2. La AC no se opuso a la demanda y el juzgado mercantil dictó sentencia desestimándola con los siguientes argumentos: (i) el incidente no debía haber sido admitido a trámite dado que el crédito de la demandante figura en el inventario y no fue oportunamente impugnado por la parte, que también figuraba en la lista con un crédito a su favor; y (ii) que de ello no se deriva que la parte no pueda oponer la compensación sino que lo debe hacer en el juicio declarativo ulterior en el que le sea reclamada la deuda.

3. El recurso de A.F., S.L. insiste en la procedencia de declarar la compensación de ambos créditos por la cantidad concurrente, particularmente al no haberse discutido ni por la AC ni por la concursada el importe de los créditos recíprocos ni tampoco que antes de la declaración del concurso concurrían los requisitos necesarios para que operara la compensación en parte.

SEGUNDO. 4. La cuestión que el recurso de la actora incidental trae a esta segunda instancia consiste, de forma esencial, en **determinar si el incidente concursal es cauce adecuado para declarar**

compensados entre sí los derechos de crédito que se han reconocido en el procedimiento concursal a un acreedor ordinario con las deudas que asimismo se le han reconocido y que obran en el inventario. La resolución recurrida lo ha negado, sin perjuicio de reconocer que el demandante puede hacer valer su derecho por una vía distinta, esto es, oponiéndose a la demanda que eventualmente planteen frente a ella los órganos del concurso en un ulterior procedimiento declarativo en el que le reclamen el crédito.

Disentimos de la resolución recurrida. Sin perjuicio de que sea cierto que a la demandante incidental le asiste el derecho a oponer la compensación en un eventual procedimiento declarativo que se inste frente a ella, de ello no se deriva que el presente incidente carezca de contenido admisible y no hubiera debido ser admitido a trámite, como afirma la resolución recurrida. En nuestra opinión, **el incidente concursal tiene un contenido admisible y fue admitido a trámite de forma correcta por el juzgado mercantil.**

5. Creemos que tiene un contenido admisible basándonos en que el contenido del incidente concursal no está predeterminado por el legislador, de forma que puede ser muy variado y no especialmente restringido. Para que sea admisible un incidente concursal, conforme resulta del art. 192.1 LC, basta que la pretensión que incorpore plantee una cuestión de interés para el proceso concursal, esto es, relevante. Del art. 194.2 LC se deriva la característica que debe cumplir la cuestión objeto del incidente concursal para que el procedimiento pueda superar el trámite inicial de admisibilidad: <<tener la entidad necesaria>>. Por consiguiente, el juez mercantil hubiera podido decir que la cuestión planteada en este incidente carece de la necesaria entidad para merecer su tramitación como incidente concursal, si bien no parece haber sido eso precisamente lo que ha afirmado.

El incidente sustanciado estimamos que tiene la necesaria entidad porque **tiende a resolver una cuestión que se ha planteado en la sustanciación del proceso concursal y que puede condicionar su devenir ulterior: si el crédito y la deuda que se han reconocido a la instante se corresponden con la realidad.** Interesa al concurso que esa cuestión quede resuelta con la mayor celeridad porque implica una incerteza incompatible con la finalidad que persigue el concurso. Por ello no creemos que sea acertado remitir a las partes a un proceso declarativo posterior cuando nada impide que se pueda resolver la cuestión en este incidente concursal.

6. No es inconveniente para ello que la parte no haya acudido previamente a la impugnación de la lista y del inventario, como habría podido hacer si hubiera tenido conocimiento de ellos previamente. Afirma que no lo tuvo y es creíble que así ocurriera si se considera que no insinuó crédito alguno. En cualquier caso, creemos **que resulta irrelevante que no impugnara la lista y el inventario.** En cuanto a la lista, porque la demandante no pretende la impugnación de la lista para mejorar sus derechos sino **exclusivamente que se considere extinguido en parte su crédito.** No podría impugnar la lista tardíamente para mejorar la cuantía o clasificación de su crédito pero nada impide que pueda pretender la reducción del importe de su crédito; para ello no es preciso que impugne la lista.

Y, en cuanto a la **impugnación del inventario**, debemos partir de la posición que esta sala mantiene sobre los derechos incluidos en el mismo, esto es, que la **inclusión de un derecho de crédito en el inventario, aun aprobado judicialmente, no produce los efectos propios de un pronunciamiento declarativo sobre la existencia y validez de tal derecho.** El inventario no tiene eficacia constitutiva, no otorga derechos frente a terceros y no cumple la finalidad de determinar con seguridad la masa activa del concurso sino que tiene una función esencialmente informativa (Sentencias de 1 de junio de 2006 y 25 de julio de 2007, citadas por la resolución recurrida, entre otras).

Así lo reconoce también la resolución recurrida, que no ve inconveniente alguno, derivado de la inclusión del crédito de la concursada frente a la actora incidental en el inventario, para que pueda declararse extinguido el crédito. **El único inconveniente que ve la resolución recurrida es el procedimental, cuestionando que el incidente concursal sea vía hábil para declarar esa extinción cuando el concurso se encuentra ya en la fase de liquidación.** En nuestra opinión tampoco existe ese inconveniente pues creemos que resulta antieconómico remitir a las partes a un procedimiento

declarativo ulterior cuando eso mismo puede conseguirse por medio del incidente concursal. El incidente concursal debe permitir allanar el camino evitando ese proceso ulterior que, caso no aceptar que este procedimiento cumpla esa función, los órganos del concurso se verían forzados a interponer, siquiera sea para destruir la presunción de legitimidad del crédito de la masa que figura en el inventario.

TERCERO. 7. Ni la administración concursal ni la concursada han cuestionado los hechos que expone la demanda incidental, pues ni contestaron la demanda incidental ni se opusieron al recurso de apelación. Conforme a esos hechos, que estimamos incontrovertidos, del importe total del crédito que se ha reconocido en el concurso a favor de la actora incidental (20.423,40) 11.563,20 euros corresponden a tres facturas de fechas muy anteriores a la declaración del concurso (las facturas son del año 2009 y vencieron en ese ejercicio y la declaración del concurso se produjo el 11 de mayo de 2010). Por otra parte, de la total deuda imputada a la actora incidental Aluminis Giralte (16.054,90) 12.424,38 euros corresponden a 9 facturas que se encontraban vencidas con anterioridad a la declaración del concurso. Por consiguiente, ambos créditos deben considerarse compensados por la cantidad concurrente recíprocamente, esto es, por la cantidad de 11.563,20 euros. Como consecuencia de ello, el crédito ordinario reconocido en la lista de acreedores a favor de Aluminis Giralte debe entenderse reducido a la cantidad de 8.860,20 euros y la deuda que figura en el inventario a la cantidad de 4.491,70 euros.

8. Concurrían antes de la declaración del concurso todos los requisitos que permitían a las partes considerar compensados sus créditos por la cantidad concurrente, al ser ambos créditos líquidos, vencidos y exigibles, tal y como exige el art. 1196 CC. No disponemos de datos en el incidente concursal que nos permitan cuestionarlos, lo que nos lleva a estimar la demanda en sus propios términos.

CUARTO. 9. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

10. En cuanto a las costas de la primera instancia, las dudas de derecho que el asunto plantea nos lleva a no hacer imposición de las mismas, pese a que la demanda se estime en sus propios términos.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 140/2012, de 21 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El comprador está **legitimado para intervenir** en el incidente concursal y ser parte con plena autonomía (art. 193.2º LC). Ello le permite recurrir en apelación una sentencia, si se persona inmediatamente tras su publicación. Si no se le permite, se incurriría en defecto procesal que provocaría la indefensión.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Para la adecuada resolución del presente recurso es necesario reseñar los siguientes hechos que se deducen del testimonio de actuaciones;

1º) Declarado el concurso necesario de la entidad SOL. HU., S.L. por el Juzgado de lo Mercantil 7 de esta ciudad, por la administración concursal se presentó escrito de fecha 26 de abril de 2010 solicitando autorización para la venta de determinados activos.

2º) Previo traslado a las partes personadas, por auto de 10 de mayo de 2010 se autoriza la enajenación de los activos reseñados por la administración concursal "a la sociedad ARI., S.L. por el precio y demás condiciones fijadas en la oferta de dicha sociedad acompañada a dicho escrito". En el fundamento de derecho

segundo de dicha resolución se expresa lo siguiente; “un supuesto que puede justificar la venta es la existencia de las anteriores razones de urgencia, que vendrían justificadas en este caso por la existencia de un acuerdo entre el comprador de los bienes y derechos de la concursada, fruto de las negociaciones de dicho comprador con el propietario del local en el que la concursada ejerce su actividad y la administración concursal”. En el mismo fundamento se indica que por la situación de la empresa no podía continuar con su fin social y que con la venta urgente y anticipada se pretendía preservar los activos a enajenar, esto es, las licencias de actividad y el fondo de comercio.

3º) El 17 de mayo de 2010 se persona en el concurso la adquirente de los activos ARI., S.L. S.L.U., a la que se tiene por parte por providencia de fecha 18 de mayo.

4º) El 8 de junio de 2010 ARI., S.L. S.L.U. comunica al Juzgado que un día antes, el 7 de junio, había suscrito con la administración concursal un acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento del local sito en la planta baja, puerta A, de la c/ ARI., S.L. de Barcelona, contrato suscrito en su día por la propiedad y la concursada SOL. HU., S.L. Asimismo pone en conocimiento del Juzgado que, en cumplimiento del compromiso adquirido en su oferta de adquisición, había suscrito un nuevo contrato de arrendamiento CON. NERV., S.A.

5º) Contra el auto que autoriza la venta de activos se interpone recurso de reposición por O.M., S.L. y A.I., S.L., que es desestimado por auto de 22 de julio de 2010.

6º) En abril de 2011 la concursada SOL. HU., S.L. interpone demanda de nulidad y, subsidiariamente, de rescisión del acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento suscrito por el administrador concursal y la propiedad CON. NERV., S.A. el 7 de junio de 2010. Según se relata en la demanda, el administrador concursal fue separado de su cargo precisamente por cómo había llevado a cabo la resolución. La demanda incidental se dirige contra CON. NERV., S.A. y la nueva administración concursal. En el incidente se personaron como parte O.M., S.L., A.I., S.L. y C.M., S.A.

7º) Por sentencia de 23 de mayo de 2012, tras estimar la excepción de falta de legitimación activa de la concursada, se estima “la demanda de incidente concursal en ejercicio de la acción de nulidad promovida por O.M., S.L., A.I., S.L. y C.M., S.A.”, declarando “la nulidad de la resolución del contrato de arrendamiento suscrita entre CON. NERV., S.A. S.L. y la administración concursal el 7 de junio de 2010”. La nulidad se sustentó en que se había infringido el artículo 61.2º de la Ley Concursal.

8º) Notificada la sentencia a las partes del incidente, la concursada presentó en los autos principales del concurso un escrito, fechado el 1 de junio de 2012, en el que solicitaba se requiriera a ARI., S.L. S.L. para que en el plazo de 3 días entregara las llaves del local, apercibiéndole de lanzamiento en caso contrario. Asimismo solicitó que se remitiera oficio al Ayuntamiento de Barcelona para que dejara sin efecto la anotación de la cesión de las licencias a ARI., S.L. S.L. No consta que dicha petición haya sido atendida por el Juzgado.

9º) El 5 de junio de 2012 ARI., S.L. S.L. presenta dos escritos ante el Juzgado. Uno, en la sección primera, en el que solicita que se rechace de plano la petición de la concursada formulada en su escrito de 1 de junio. Asimismo manifiesta haber tenido conocimiento de la sentencia dictada en el incidente concursal 284/2011 y denuncia la mala fe de las partes en ese incidente. En el segundo escrito, presentado en dicho incidente, ARI., S.L. S.L.U. interesa que se le tenga por comparecida y parte, y se le notifique la sentencia, anunciando su intención de interponer los recursos que procedan.

10º) El 13 de junio de 2012 el Juzgado dicta providencia en el incidente concursal de referencia, que es del siguiente tenor: “dada cuenta, por presentado el anterior escrito en fecha 5/06/12 por el procurador Don Juan Manuel Bach Ferre, en nombre y representación de ARI., S.L. S.L.U, únase a los autos de su razón y conforme se solicita se notifique la sentencia de 23 de mayo de 2012”.

11º) El 6 de julio ARI., S.L. presenta recurso de apelación contra la sentencia dictada en el incidente concursal, de fecha 23 de mayo de 2012.

12º) Por auto de 10 de julio de 2012 el Juzgado acuerda “no haber lugar a la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de 23 de mayo de 2012, por no ser parte en incidente el procurador Don Juan Manuel Bach, en nombre y representación de ARI., S.L. S.L. y no estar legitimado para interponer el recurso”. En el fundamento de derecho único de dicha resolución se indica expresamente que “no puede admitirse a trámite el recurso, dado que el recurrente no es parte en el incidente concursal de acuerdo con el artículo 193. En la providencia de fecha 13 de junio de 2012 no se le tuvo por comparecido y parte, al no haber indicado en calidad de qué comparecía a los efectos del artículo citado”.

SEGUNDO.- ARI., S.L. S.L.U. recurre en queja la resolución que inadmite la apelación contra la sentencia de 23 de mayo de 2012. La recurrente denuncia, en primer lugar, que el rigor formal exigido por el Juzgado en relación con su escrito de personación en el incidente, no se aplicó en la misma medida a O.M., S.L., C.M., S.A. y A.I., S.L., que tampoco expresaron en sus respectivos escritos en la calidad con la que comparecieron en el incidente y, sin embargo, se les tuvo por parte (documento 15 y 16). En segundo lugar afirma que dejó claro en su escrito de personación que lo hacía para presentar los recursos que procedieran y que, si no se le tuvo por parte, el Juzgado lo debería haber expresado en su resolución. Por último denuncia la infracción de los artículos 193 y 194 de la Ley Concursal, por cuanto se le debió haber emplazado en el incidente al ostentar una posición “claramente contraria” a lo pretendido por la actora en su demanda incidental. En definitiva, alega que compareció cuando tuvo conocimiento del incidente y que se le ha ocasionado indefensión.

TERCERO.- A la vista del relato de hechos que se reseña en el fundamento primero de esta resolución, deben acogerse los argumentos de la recurrente. En efecto, **recaída sentencia el 23 de mayo de 2012 en el incidente de nulidad promovido por la concursada, ARI., S.L. S.L., directamente perjudicada por dicha sentencia -a pesar de no haber sido demandada-, se personó de inmediato en el incidente, dado que, con fundamento en dicha sentencia, la concursada SOL. HU., S.L. había solicitado el lanzamiento del local que ocupa.** Al comparecer en el incidente anunció que tenía intención de recurrir la sentencia. Era evidente, por otro lado, que se personaba coadyuvando a la demandada.

Ciertamente, el Juzgado no tuvo formalmente por parte a ARI., S.L. S.L. en su providencia de fecha 13 de junio, cuando debió hacerlo, dado que dicha entidad manifestó su intención de personarse y recurrir la sentencia. Por ello, la resolución recurrida en queja, al justificar la inadmisión de la apelación en que ARI., S.L. S.L. no tenía la condición de parte, incurrió en un defecto procesal manifiesto. Si el Juzgado consideraba que ARI., S.L. S.L. debería haber indicado en su escrito de personación en qué calidad comparecía, debió hacerlo saber, dándole la oportunidad de subsanar la falta (artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

ARI., S.L. S.L., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 193.2º de la Ley Concursal, estaba legitimada para intervenir en el incidente concursal y ser parte “con plena autonomía”, condición que le permitía recurrir en apelación la sentencia, dado que la personación se produjo en los días inmediatamente posteriores a su publicación.

CUARTO.- A todo ello debe añadirse una consideración final. El artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que **en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe, debiendo los Juzgados y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de Ley o procesal.** En el presente caso, la concursada, que interpuso la demanda de nulidad, dirigió su pretensión únicamente contra CON. NERV., S.A., propietaria del local, y contra la nueva administración concursal. Recaída sentencia por la que se declara la nulidad del acuerdo de resolución del contrato de arrendamiento, la concursada, con fundamento en dicha sentencia, solicitó se requiriera a ARI., S.L. S.L. para que en el plazo de tres días entregara las llaves del local, con apercibimiento de lanzamiento en caso contrario.

Si la concursada, al interponer la demanda, entendía que, de acogerse su pretensión, la nulidad del acuerdo de resolución conllevaba el lanzamiento del adjudicatario de la unidad productiva, debió dirigir la demanda también contra éste. **No es acorde con las reglas de la buena fe procesal promover un incidente en el que, de manera intencionada, se evita demandar a quien, al entender del demandante, va a resultar**

directamente perjudicado.

Por todo ello debe estimarse el recurso de queja, ordenando se dé curso a la apelación formulada por ARI., S.L. S.L.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 26/2013, de 30 de Enero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Bajo el art. 400 LEC no es posible plantear la **reconvencción**, ya que de él, no se deduce la idea de que, ejercitada una acción relativa a un contrato, las demás partes del proceso tengan que traer al mismo proceso todas las acciones que traigan causa del mismo bajo la sanción de preclusión.

Sobre la reconvencción e incidentes concursales, no se puede descartar *a priori* la posibilidad de plantear **reconvencción en un incidente concursal**, en particular cuando su objeto esté constituido por una acción autónoma.

Sobre la **competencia** para conocer de la acción objeto de la reconvencción, le corresponde al juzgado competente del concurso, al no haber ningún motivo por el que no pueda conocer de ella. En el caso de haberse admitido en otro juzgado, se efectuará el **reenvío**: la remisión de las actuaciones al juzgado para sustanciar la reconvencción.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre la materia ; STS de 10 de septiembre de 2012.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Objeto del proceso de instancia y de los recursos de apelación acumulados

1. T.V.V., S.A. presentó demanda de incidente concursal ejercitando frente a MED., S.L.U. una acción de cumplimiento contractual de los contratos firmados por las partes el 25 de agosto de 2006 y el 12 de febrero de 2010, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte de la demandada.

2. MED., S.L.U. se opuso a la demanda alegando la extinción o la nulidad de los contratos cuyo cumplimiento se pretendía y solicitando su desestimación íntegra a la vez que presentó demanda reconvenccional ejercitando una acción de enriquecimiento injusto contra T.V.V., S.A. y solicitando su condena al pago de la cantidad de 12.412.160 euros, cantidad en la que estima que se ha enriquecido por no haber satisfecho a MED., S.L.U. el precio de mercado como contraprestación de los servicios audiovisuales prestados por la actora reconvenccional durante la temporada 2009/2010.

3. T.V.V., S.A. promovió declinatoria por falta de competencia objetiva para conocer de la demanda reconvenccional argumentando que la competencia del juez del concurso no se extendía a la acción ejercitada, ya que esa competencia se limita a las acciones dirigidas frente al patrimonio del concursado, pero no ocurre lo mismo respecto de las acciones del concursado frente a tercero.

4. El juzgado mercantil, si bien desestimó la declinatoria por auto de fecha 2 de febrero de 2011, estimó más tarde el recurso de reposición de T.V.V., S.A. y, en su auto de 26 de abril de 2011, terminó declarando su falta de competencia para conocer de la acción ejercitada en la reconvencción.

5. Finalmente, el juzgado mercantil estimó en parte la demanda de T.V.V., S.A. y condenó a MED., S.L.U. a cumplir en sus términos los contratos referidos, así como a resarcir los daños causados a la actora.

6. Dos son los recursos de apelación acumulados que se someten a la consideración de esta Sala, presentados ambos por MED., S.L.U.:

a) De una parte, frente al auto del juzgado mercantil de fecha 26 de abril de 2011 estimando la declinatoria.

b) De otra, contra la sentencia que resolvió en el fondo estimando en parte la demanda de T.V.V., S.A..

SEGUNDO. Contratos cuyo cumplimiento se pretende y cuestiones que plantea su enjuiciamiento

7. Los contratos cuyo cumplimiento pretende T.V.V., S.A. son dos, el de 25 de agosto de 2006, celebrado entre ambas partes, y el de 12 de febrero de 2010 que MED., S.L.U. firmó con las televisiones autonómicas asociadas a la FORTA. Los problemas que cada uno de ellos plantea son distintos, aunque exista una importante relación entre ellos. A continuación nos referimos a su contenido y a las cuestiones esenciales que se plantean respecto de cada uno de ellos

A) El contrato de 25 de agosto de 2006

8. T.V.V., S.A. ostentaba los derechos audiovisuales de tres de los clubs de fútbol valencianos, Valencia CF, SAD Villarreal CF y UD Levante, (con excepción de los partidos amistosos e internacionales), derechos por los que debía abonar la cantidad de 55.000.000 de euros.

9. El 25 de agosto de 2006 firmó un contrato con MED., S.L.U. por virtud del cual T.V.V., S.A. cedía durante cinco temporadas (hasta la temporada 2010/2011, incluida) los derechos sobre las retransmisiones que había adquirido a los referidos clubs de fútbol valencianos a MED., S.L.U. y ésta le cedía los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol en abierto de 35 de las 38 jornadas del Campeonato Nacional de Liga de Primera División, para que T.V.V., S.A. pudiera emitir el mismo partido que la cadena televisiva LA SEXTA durante cinco temporadas (hasta la temporada 2010/2011, incluida).

10. MED., S.L.U. debía pagar a T.V.V., S.A. 40.000.000 de euros por la cesión de los derechos de los clubs y, correlativamente, T.V.V., S.A. debía pagar a MED., S.L.U. la cantidad de 9.500.000 euros por la cesión de los derechos sobre la retransmisión de las imágenes audiovisuales.

B) El contrato de 12 de febrero de 2010

11. El 12 de febrero de 2010 MED., S.L.U. firmó un contrato con las televisiones autonómicas asociadas a la FORTA, entre las que se encuentra T.V.V., S.A., por el que les cedió los derechos de grabación y emisión en directo o diferido de un encuentro de cada jornada de Segunda División A desde la temporada 2009/2010 hasta la temporada 2011/2012. Asimismo cedió los derechos no exclusivos de emisión de las imágenes de todos los encuentros de las jornadas del Campeonato Nacional de Liga de Primera División, para los denominados resúmenes, esto es, para los informativos de emisión diaria.

C) Discusión que enfrenta a las partes sobre el alcance de esos contratos y su contenido

12. La discusión que enfrenta a las partes afecta a numerosos aspectos de cada uno de esos dos contratos. La posición de MED., S.L.U. es la siguiente:

a) Respecto del primero de ellos, sostiene que se encuentra extinguido a partir de 30 de junio de 2009 por la desaparición o modificación sustancial de la base económica sobre la que se asentaba, ya que los clubs de fútbol valencianos habían rescatado los derechos que tenían cedidos a T.V.V., S.A. y luego los adjudicaron a la propia MED., S.L.U.; subsidiariamente, para el caso de que no se considerara extinguido, considera que el mismo es nulo porque infringe el art. 1.2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

b) Respecto del segundo, de 12 de febrero de 2010, alega que sus efectos no se extienden a T.V.V., S.A. porque el propio contrato la exceptúa, atendida la existencia de una relación previa, que precisamente estaba siendo objeto de renegociación entre las partes de forma separada.

13. En cambio, la posición de T.V.V., S.A. es diametralmente opuesta. Estima que ambos contratos son independientes, se refieren a derechos distintos y mantenían su vigencia en el momento de la demanda.

14. El juzgado mercantil, tras expresar las serias dudas que albergaba sobre la vigencia del contrato de 25 de agosto de 2006, se decanta finalmente por considerarlo vigente. También consideró que el contrato de 12 de febrero de 2010 vinculaba a las partes.

TERCERO. Recurso contra el auto de 26 de abril de 2011 relativo a la inadmisión de la reconvencción

15. Alega MED., S.L.U. que el auto de 26 de abril de 2011 que estimó la declinatoria interpuesta por T.V.V., S.A. respecto de la acción ejercitada en la reconvencción conculca el art. 406 LEC y el art. 24 CE y le causa indefensión. Se funda para ello en la íntima conexión que existe entre las acciones de la demanda y de la reconvencción, ya que ambas tienen como fundamento unos mismos contratos, de manera que imponer que se sustancien en procesos distintos comportaría una inadmisibles división de la contienda de la causa que podría conllevar sentencias contradictorias. También alega que, conforme se deriva del art. 400 LEC, resulta cuando menos dudoso que la reclamación se pueda sustanciar en un proceso posterior, ya que podría considerarse que ha precluido la posibilidad de formular esa reclamación en el caso de no hacerla en el primer proceso.

16. T.V.V., S.A. se opone al recurso aduciendo que es presupuesto para que la reconvencción pueda ser admitida que exista competencia del órgano jurisdiccional ante el que se sustancie el proceso sobre la acción principal, lo que no ocurre en el supuesto enjuiciado, ya que la competencia del juez del concurso únicamente se extiende a las demandas que se formulen contra el patrimonio del concursado, no así a las demandas que el concursado pueda formular frente a terceros. También alegó que:

- a) El objeto del incidente concursal es limitado y no admite la posibilidad de que se formule reconvencción.
- b) La competencia del juzgado no puede determinarse en virtud de la conexión.
- c) La conexidad es inexistente porque se trata de acciones independientes.

CUARTO. Inaplicabilidad del art. 400 LEC

17. No podemos compartir que del art. 400 LEC pueda resultar un argumento que justifique la necesidad en la que se ha visto MED., S.L.U. de plantear la reconvencción. Aunque no desconocemos que no faltan resoluciones de juzgados y audiencias que sostienen la interpretación que de esa norma ha hecho MED., S.L.U., nosotros no la compartimos. **Ni su letra ni su espíritu o finalidad permiten sostener la idea de que, ejercitada una acción relativa a un contrato, las demás partes del proceso tengan que traer al mismo proceso todas las acciones que traigan causa del mismo bajo la sanción de preclusión.** A lo único que obliga el art. 400 LEC es a acumular en una misma demanda todas las causas de pedir distintas que puedan justificar una misma petición. En el supuesto que enjuiciamos no existe, ni podría nunca existir, identidad de petición entre la formulada en la demanda y la formulada en la reconvencción sino que las pretensiones que realizan cada una de las partes son distintas, aunque conexas, porque proceden de unos mismos contratos. Pero la conexidad, que puede justificar la acumulación en un mismo proceso, no impone el examen conjunto ni justifica que deba operar, en todos los casos, la preclusión que establece el art. 400 LEC.

QUINTO. Existencia de conexión

18. Creemos que no existe duda de que las pretensiones de la demanda y la de la reconvencción son autónomas o independientes. Ninguna de las partes sostiene una idea distinta. Y tampoco nos cabe duda de que se trata de pretensiones conexas, a pesar de los esfuerzos que T.V.V., S.A. ha dedicado a convencernos de que no es así.

19. La conexión está regulada de forma amplia, esto es, con criterios extensivos, en nuestra LEC, como se desprende del art. 72 LEC, que ha dado entrada, con carácter general, a los criterios de conexión impropia (esto es, por comunidad de hechos o problema jurídico) que no recogía la LEC de 1881 y únicamente se admitía en nuestro derecho en supuestos muy concretos (como la legislación arrendaticia -art. 40.1 LAU 1994 y art. 127 LAU 1964-).

20. En el supuesto enjuiciado, sería discutible si nos encontramos ante un supuesto de conexión propia, pero no nos cabe la menor duda de que, caso contrario, estaríamos ante un supuesto de conexión impropia, esto es, conexión por comunidad de hechos. Mientras la pretensión de T.V.V., S.A. parte de la idea de la existencia, validez y eficacia de los contratos, la de MED., S.L.U. parte de la idea opuesta, esto es, de su previa extinción o de su ineficacia. Lo que pretende MED., S.L.U. con su reconvención es que se le compense por la cesión de unos derechos audiovisuales realizada tras haberse extinguido el contrato de 25 de agosto de 2006, contrato que estima extinguido el 30 de junio de 2009, y que se siguieron prestando de forma provisional durante todo un año más en contemplación de un futuro acuerdo entre las partes que no llegó a producirse.

21. **Que se trate de acciones conexas justifica la acumulación, esto es, permite que se puedan traer al proceso por la vía de la reconvención, pero no lo impone. Las instituciones que giran en torno a la conexión, tales como la acumulación, la reconvención o la prejudicialidad, no se fundan en razones de principio sino en razones de conveniencia práctica u oportunidad. Con ello no se quiere decir que sean razones despreciables, razones que no deban ser tomadas seriamente en consideración, sino únicamente que no establecen un límite infranqueable al intérprete. Lo que se pretende es evitar el riesgo de sentencias contradictorias y ello creemos que es algo muy serio o importante porque, aunque un ordenamiento jurídico pueda permitir el riesgo de sentencias contradictorias, y es claro que el nuestro lo hace, pone todos los medios razonables para evitarlo. Al juez le corresponde interpretar esos medios de la forma más adecuada para conseguir la finalidad que el legislador persigue.**

Con ello no queremos decir que sea ésa la única finalidad a tomar en consideración sino exclusivamente que no podemos dejar de hacerlo seriamente.

22. No creemos que pueda ser discutible que entre las acciones de la demanda y de la reconvención existe conexión por prejudicialidad. La validez y eficacia de los contratos, cuestión sobre la que se discute en el proceso, es presupuesto de ambas acciones. Pero de ello, como hemos adelantado en el apartado anterior, no se deriva que sea imprescindible el **examen conjunto**; únicamente que **resulta muy conveniente para disipar el riesgo de sentencias contradictorias. Así resulta del art. 43 LEC, precepto que regula el régimen de la prejudicialidad civil y no impone la suspensión sino que meramente la faculta.**

SEXTO. Reconvención e incidentes concursales

23. No podemos admitir la idea de que en ningún incidente concursal se pueda plantear reconvención, a pesar de que compartimos que en algunos incidentes concursales es poco probable que resulte admisible. Para explicar lo que queremos decir creemos que es preciso partir de una consideración previa: con el término **"incidente concursal"** se hace referencia a dos realidades bien distintas y que es preciso distinguir en beneficio de una mayor claridad argumentativa. De una parte, con esa expresión se hace referencia a los incidentes que se planteen durante el proceso concursal, esto es, a las **"cuestiones incidentales"** del proceso concursal en sentido propio. De otra, es una expresión que el legislador ha atribuido como nombre a un **procedimiento, el que regula en el art. 194 de la Ley concursal (LC).**

24. No pueden identificarse ambos conceptos porque el procedimiento que conocemos como "incidente concursal" es cauce por el que no sólo se sustancian en el concurso auténticos incidentes concursales sino también acciones autónomas, esto es, demandas con sustantividad propia que hubieran permitido la sustanciación de un proceso autónomo en el caso de una situación de inexistencia de concurso y que no entran en sentido propio dentro del concepto de incidente concursal o bien lo hacen en un concepto muy

laxo. Para explicar mejor lo que queremos decir, **son incidentes concursales en sentido propio las acciones de impugnación de la lista o el inventario, y no lo son las acciones autónomas a las que se refiere el art. 50 LC, entre las que creemos que se encuentra la que dio lugar al incidente concursal del que dimana este recurso.**

25. La LC no establece ninguna regla concreta que dé respuesta a la cuestión de si la reconversión es admisible en los procedimientos que se sustancian por los trámites del incidente concursal; en lógica consecuencia, las dudas que se plantean son muchas y la respuesta en la práctica de los tribunales no puede extrañar que presente divergencias. No pretendemos resolver todas esas dudas pero sí indagar en los criterios que nos permitan afrontarlas razonablemente. El punto de partida para ello creemos que se encuentra en la Disposición Final Quinta de la propia LC, que remite a la LEC como derecho procesal supletorio. De ello se deriva que, al menos en principio, no creemos que deba existir inconveniente alguno para admitir la reconversión en los incidentes concursales. Por consiguiente, la regla debe ser que la reconversión es admisible, no la contraria, como se sostiene por la defensa de T.V.V., S.A..

26. Por otra parte, con ello tampoco creemos que deba defenderse la admisibilidad de toda reconversión en cualquier incidente concursal. El objeto de los incidentes concursales en sentido propio debe considerarse predeterminado por una concreta cuestión (por ejemplo, la impugnación del inventario o de la lista), lo que hace difícil (aunque no imposible) que pueda formularse reconversión. Sería admisible la reconversión siempre que no se extralimitara respecto de la concreta "cuestión incidental" objeto del procedimiento; pero no así en otro caso. En suma, lo que creemos que está restringido no es la admisibilidad de la reconversión sino que su objeto pueda extralimitarse respecto del objeto de la cuestión incidental objeto del procedimiento.

No basta en estos procedimientos que la cuestión objeto de la reconversión pueda aparecer como una acción conexas (en el sentido amplio que hemos visto que considera la LEC la conexión) sino que es preciso que no rebase el objeto de la concreta "cuestión incidental" sobre la que versa el procedimiento. Podría decirse que, en estos casos, la reconversión no es admisible porque "el tipo o naturaleza" del incidente concursal en el que se ha planteado no es el mismo que el necesario para su sustanciación. En suma, que estaríamos dentro de uno de los límites que el propio art. 406.2 LEC establece para la admisibilidad de la reconversión.

27. Distinto es lo que ocurre en los incidentes concursales cuyo objeto no es un incidente concursal en sentido propio sino una acción autónoma. En estos casos no existe una previa delimitación o acotamiento del objeto de la discusión derivada de la naturaleza de la cuestión planteada, de forma que no se impide que puedan entrar a formar parte del objeto del proceso cuestiones distintas, tanto sea por la vía de la reconversión como por la vía de la excepción. Así ha ocurrido en el supuesto que enjuicamos en el que, además de la reconversión, la contestación adujo la nulidad de los contratos cuyo cumplimiento se instaba y así lo entendió la parte actora cuando solicitó que se le permitiera contestar a esa excepción reconversional, como autoriza el art. 408.2 LEC.

Es dudoso si la excepción supone una ampliación del objeto del proceso, pero no así en el caso de las excepciones reconversionales del art. 408 LEC (nulidad y compensación), supuestos en los que no existe duda de que se produce ampliación del objeto del proceso, como se deriva del propio art. 408.3 LEC.

28. Como conclusión, **no creemos que pueda descartarse a priori la posibilidad de plantear reconversión en un incidente concursal, particularmente cuando su objeto esté constituido, como en el caso ocurre, por una acción autónoma.**

SÉPTIMO. Sobre la competencia para conocer de la acción objeto de la reconversión

29. También resulta incuestionable que, para que la reconversión sea admisible no sólo es necesario (en sentido positivo) que exista conexión (art. 406.1 LEC). El art. 406.2 LEC la excluye cuando el juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Lo que discuten las partes es si en el supuesto que consideramos entra en juego esa norma. Mientras T.V.V., S.A. estima que sí, fundándose para ello en lo establecido en el art. 8 de la Ley Concursal y, particularmente, en el art. 86 *ter*.1. LOPJ,

que únicamente le atribuye la competencia, con el carácter de exclusivo y excluyente, respecto de las acciones con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, MED., S.L.U. estima que la conexión también funda la competencia del juez del concurso.

30. No creemos que los criterios establecidos en el art. 86 *ter.1* LOPJ, que el art. 8 de la LC reitera, tengan el carácter de criterios de competencia objetiva; en nuestra opinión son criterios sobre competencia funcional. Así se deriva del hecho de que la competencia se atribuya a un concreto juez, el del concurso, como ocurre en los supuestos de atribución de la competencia funcional, no a una clase o categoría, como ocurre en los casos de competencia objetiva. Por consiguiente, la interpretación literal del art. 406.2 LEC, en relación con los arts. 86 *ter.1* LOPJ y 8 LC, no nos permite concluir que no sea admisible la reconvencción por falta de competencia objetiva.

31. Tampoco la puesta en relación de esa norma con el art. 86 *ter.2* LOPJ nos permite concluir la falta de competencia del juzgado mercantil para conocer de la acción objeto de la reconvencción porque los criterios que esta norma expresa tampoco son en sentido propio de "competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía" sino criterios de competencia objetiva por razón de la especialización del órgano. El tratamiento procesal de estos últimos no se acomoda a las reglas de la competencia objetiva en toda su amplitud sino que, como hemos venido entendiendo de forma reiterada, resulta de aplicación el art. 46 LEC que somete los conflictos a las reglas de la competencia territorial (las cuestiones de competencia).

32. Lo que acabamos de decir en los fundamentos anteriores nos permite establecer un paralelismo entre el conflicto que estamos afrontando con otros conflictos de competencias que han surgido como consecuencia de la creación de los órganos especializados y la atribución a los mismos de competencia para conocer de determinadas materias, las que se especifican en el art. 86 *ter.2* LOPJ. También en este ámbito se ha planteado la misma cuestión que ahora afrontamos, esto es, si la conexión es criterio suficiente para extender la competencia a las materias conexas con la acción competencia del juzgado mercantil.

33. Si bien esa cuestión ha permanecido abierta a la duda desde la entrada en vigor de las normas referidas, nuestro criterio ha sido siempre que la conexión extiende la competencia del juzgado mercantil a las acciones conexas. Así lo ha entendido finalmente el Tribunal Supremo, que en su reciente Sentencia de 10 de septiembre de 2012 (Roj: STS 7528/2012) se ha decantado por la misma interpretación, fundándose para ello en el criterio de la mayor efectividad de la tutela. Los términos con los que se justifica esa apreciación son los siguientes: *<<La carga injustificada de una duplicidad del proceso resulta desproporcionada; y este rasgo conlleva, según la jurisprudencia constitucional, que deba considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, supone imponer al acreedor la necesidad de interponer dos demandas ante órganos jurisdiccionales distintos para el ejercicio de una única pretensión de resarcimiento>>*.

34. Es cierto que la lectura del extracto de la Sentencia de TS que hemos transcrito puede originar dudas, porque en el supuesto en examen la demandada no se veía forzada a interponer una demanda autónoma para poderse defender adecuadamente en el proceso en el que fue demandada. No obstante, creemos que la situación es la misma porque tampoco en el caso de que se ejercite una acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad en reclamación de una deuda de la sociedad existe una necesidad jurídica de demandar a la sociedad para fijar el importe de la deuda social, sino que lo único que existe es una mera conveniencia práctica. Por tanto, en ambos casos el problema jurídico es coincidente, razón por la que también creemos que lo debe ser su solución.

35. En suma, hemos concluido en sentido contrario a como lo hizo el juzgado mercantil, esto es, en el sentido de que **la reconvencción debió haber sido admitida a trámite porque no existía ningún inconveniente derivado de la falta de competencia del juzgado para conocer de ella.**

36. La consecuencia que de ello debiera derivarse es el reenvío, esto es, la **remisión de las actuaciones al juzgado para que sustanciara la reconvencción.** Nos hemos planteado la posibilidad de no hacerlo, atendido que la reconvencción había sido contestada por la demandada reconvenccional, dado

que el juzgado previamente había rechazado su declinatoria. No obstante, no tenemos ninguna seguridad de que con ello no hubiéramos podido causar indefensión a las partes, particularmente si se considera que T.V.V., S.A. había anunciado al contestar a la reconvencción una pericial sobre el valor de mercado de los derechos derivados de la puesta a su disposición de la señal durante la temporada 2009/2010, pericial que finalmente no se aportó, sin duda a la vista de la decisión del juzgado de no admitir a trámite la reconvencción.

37. La nulidad de las actuaciones que decretamos no debe afectar a la prueba practicada, cuyo valor debe conservarse, sino que se debe limitar a permitir la práctica de aquellos medios de prueba que las partes consideren oportunos y que tengan que ver exclusivamente con la reconvencción.

OCTAVO. Costas

38. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

39. Tampoco procede hacer imposición de las costas de la primera instancia, atendidas, de forma esencial, las dudas de derecho que la cuestión controvertida en el recurso plantea, y que en lo sustancial han resultado justificadas en la argumentación.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 22/2013, de 12 de Febrero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: El cauce procedente para decidir sobre una **compensación**, por su incidencia en el inventario y en la lista de acreedores, es el **incidente concursal de impugnación del informe de la AC**, cuya formulación está sujeta a un plazo preclusivo. No lo puede ser el trámite de las observaciones o propuestas de modificaciones al plan de liquidación (artículo 148.2 LC).

El objeto del recurso de apelación se contrae a la revisión, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia (artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC), y **no cabe introducir en apelación, extemporáneamente, peticiones nuevas** con fundamentos fácticos y jurídicos distintos de los sustentados ante el juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Por providencia de 1 de julio de 2010, el juzgado mercantil tuvo por presentado el plan de liquidación de bienes y derechos de la concursada DISP., S.A., acordó su publicación por edictos y acordó asimismo que quedara de manifiesto en la secretaría del juzgado para la instrucción del deudor y los acreedores concursales, que, conforme al artículo 148.2 y 3 de la Ley concursal (LC), podrían formular las observaciones o propuestas de modificación que tuvieran por conveniente, en el plazo legal.
2. Dentro de ese plazo, COD., S.C.C.L., acreedora de la concursada, presentó un escueto escrito de alegaciones en impugnación del plan de liquidación. Afirmaba que constaban en el plan unas inmovilizaciones financieras –no las detallaba- y que COD., S.C.C.L. había notificado a la administración concursal (AC) que, en aplicación del artículo 15.3 de los estatutos de la cooperativa, el consejo rector había reducido a cero la devolución del capital y las reservas que correspondían a la concursada.

3. El auto del juzgado mercantil de 31 de enero de 2011 examinó las observaciones efectuadas por COD., S.C.C.L. y concluyó su improcedencia por considerar que la cooperativa había aplicado unilateralmente una sanción a la concursada, tras el auto de declaración del concurso, con vulneración clara de los estatutos de la cooperativa y del artículo 63 y concordantes de la LC. En el auto se citaba también el artículo 89.2 LC y se dejaba constancia de que la deuda de la concursada con la cooperativa había sido reconocida por la AC e incorporada a la lista definitiva de acreedores. Desechaba la observación y aprobaba el plan de liquidación.

4. COD., S.C.C.L. interpone recurso de apelación contra el auto que aprueba el plan de liquidación de DISP., S.A. Solicita que se decrete su modificación y que se excluyan determinadas partidas del epígrafe de inmovilizaciones financieras ("24 títulos COD., S.C.C.L. socios capital", por valor de 3.606,07 euros, "aportación COD., S.C.C.L. voluntaria fons social", por valor de 3.109,92 euros, y "aportación COD., S.C.C.L. extorno incorporación capital", por 14.840,44 euros). Lo fundamenta en la operatividad de la compensación de créditos y deudas de la concursada que el artículo 58 LC admite cuando los requisitos para la compensación hubieran existido antes de la declaración de concurso (invoca asimismo el artículo 205 LC).

5. La AC, en su escrito de oposición al recurso de apelación, pone de manifiesto la improcedencia de la pretensión de la cooperativa apelante, por la inadecuación de la vía de impugnación del plan de liquidación para la finalidad pretendida de reconocimiento de una compensación de créditos entre COD., S.C.C.L. y la concursada. La parte apelada cita al respecto nuestra sentencia de 2 de mayo de 2011, a cuyos razonamientos debemos remitirnos, por su plena aplicabilidad al caso de autos.

El trámite que otorga el artículo 148.2 LC se limita al planteamiento de observaciones o propuestas de modificaciones al plan de liquidación, con referencia a las formas o vías de liquidación de los bienes, pero no permite deducir pretensiones que, como la planteada por la apelante, debieron haber sido objeto de una demanda de impugnación de la lista de acreedores o del inventario, cuya formulación está sujeta a un plazo preclusivo.

El cauce procedente para decidir sobre la compensación pretendida, por su incidencia en el inventario y en la lista de acreedores, es el incidente concursal de impugnación del informe de la AC. No hubo tal impugnación. No cabe sustituir aquel incidente por observaciones al plan de liquidación ni, ahora, por la apelación contra el auto que aprueba el plan de liquidación. Por ello, el recurso debe rechazarse.

6. Medio año después del recurso de apelación, formulada ya la oposición, la parte apelante presentó un nuevo escrito. Invocaba una sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Mataró, de 31 de marzo de 2011 -de la que aportaba fotocopia parcial-, que declaraba la existencia de un grupo de empresas y extendía a terceras personas la responsabilidad solidaria con la concursada respecto de las indemnizaciones laborales que reconocía. La apelante solicitaba que, por la cosa juzgada de aquella sentencia, se modificara el plan de liquidación de la concursada, en el sentido de que el inventario de bienes del concurso de DISP., S.A. incluyera los inventarios de bienes de aquellas terceras personas a las que el juzgado social extendió la responsabilidad.

Para rechazar esta última petición basta señalar que el objeto del recurso de apelación se contrae a la revisión del auto del juzgado mercantil de 31 de enero de 2011, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia (artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil, LEC), y no cabe introducir en apelación, extemporáneamente, peticiones nuevas con fundamentos fácticos y jurídicos distintos de los sustentados ante el juzgado.

7. La desestimación del recurso de apelación determina que imponamos las costas de la segunda instancia a la parte apelante, conforme al artículo 398.1 LEC.

Auto nº 55/2013, de 16 de Abril de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Según el artículo 194 LC, si el juez estima que la **cuestión planteada es impertinente** o carece de entidad necesaria para tramitarla vía incidental, resolverá, mediante auto, su **inadmisión** dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda. Se considera inapropiado plantear una demanda incidental, una vez archivada la pieza de calificación amparándose en el trámite de oposición de quienes puedan resultar afectados por la calificación (171 LC).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto recurrido no admite a trámite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley Concursal, la demanda incidental interpuesta por G.A.P., S.R.L., acreedor de la concursada G.M., S.L., en la que solicita la calificación del concurso como culpable. Para la resolución del recurso hemos de reseñar los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

- 1) Formada la Sección 6ª de calificación del concurso de G.M., S.L., se confirió traslado a los acreedores de la concursada, y demás personas que acreditaran un interés legítimo para que pudieran personarse en la pieza y alegar cuanto consideraran relevante para la calificación del concurso como culpable. Así lo hizo G.A.P., S.R.L., mediante escrito de 13 de diciembre de 2011, del que se dio traslado a la administración concursal.
- 2) La administración concursal presentó informe proponiendo que el concurso se calificara como fortuito. Por interesarlo el Ministerio Fiscal, presentó un informe ampliatorio, en el que valoraba las alegaciones del acreedor comparecido G.A.P., S.R.L. Finalmente el Ministerio Fiscal presentó su propio informe en el que también propuso que se calificara el concurso como fortuito.
- 3) Por auto de 11 de julio de 2012 el Juzgado acordó el archivo de la pieza de calificación, tal y como establece el artículo 170 de la Ley Concursal.
- 4) Notificado el auto a la apelante, interpuso demanda incidental, al amparo de lo dispuesto en el artículo 171, interesando que “el concurso se calificara como culpable con imposición de costas a quien se opusiere”.
- 5) El 26 de julio de 2012, el Juzgado de lo Mercantil dicta el auto apelado, por el que no admite el incidente, al no tener encaje la solicitud en el precepto citado, que regula la oposición del deudor o de las personas afectadas por la calificación.

G.A.P., S.R.L. recurre en apelación dicha resolución. Reiterando los mismos hechos por los que, a su entender, el concurso debería haberse calificado como culpable, la apelante denuncia que el Juzgado no haya tomado en consideración que G.M., S.L. y M. IT. forman parte del mismo grupo y, en definitiva, que debe darse curso a su demanda y calificar el concurso como culpable.

SEGUNDO.- Atendido el contenido de la demanda incidental, el Juzgado no pudo hacer cosa distinta a la que hizo, esto es, **no admitirla a trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley Concursal. Según dicho precepto “si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión dando a la cuestión planteada la tramitación que corresponda”.**

La apelante está contrariada porque el juez considere impertinente o intrascendente que G.M., S.L. y M. IT. formen parte del mismo grupo y, en definitiva, que la administración concursal y el Ministerio Fiscal no hayan valorado adecuadamente sus alegaciones. No es eso, sin embargo, lo que el **juez a quo considera impertinente**, sino el **plantear una demanda incidental, una vez archivada la pieza de calificación, amparada en un precepto, el artículo 171 de la Ley Concursal, que regula el trámite de oposición de quienes puedan resultar afectados por la calificación**. Ni tan siquiera la recurrente plantea la posibilidad de sostener la pretensión de culpabilidad en contra del criterio de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, cuestión sobre la que existe cierta controversia en la doctrina y en la práctica forense. En fin, nos

hallamos ante una demanda que se apoya en preceptos que no vienen al caso y que carece de todo sentido, por lo que debemos confirmar la resolución recurrida.

TERCERO.- Que en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto de **10 de Mayo de 2013**.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: No resulta de aplicación el art. 442.1 LEC (**desistimiento**), a la sección de calificación del concurso, por el especial carácter que tiene este procedimiento; no se trata de un procedimiento facultativo sino necesario que responde a razones de derecho necesario u orden público. El informe de calificación de la AC no puede equivaler a una simple demanda civil, y por tanto, su oposición, tampoco.

Si no existe garantía de que una citación llega al efectivo conocimiento del destinatario, es razón suficiente para considerarla irregular y, por ende, nula.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. Como resulta del relato que se hace en los antecedentes de hecho de la presente resolución, el recurso de la Administradora concursal (en adelante, AC) cuestiona el acierto de la resolución recurrida que decretó el sobreseimiento y archivo de la sección sexta del concurso (la sección de calificación) con fundamento en que no comparecieron a la vista señalada ni la propia AC ni tampoco el Ministerio Fiscal. Los motivos en torno a los cuales el recurso se articula son dos:

1) De una parte, nulidad de las actuaciones porque si no compareció a la vista fue a consecuencia de que no fue citada para ella y no tuvo conocimiento del señalamiento.

2) De otra, porque considera que el art. 442.1 LEC, norma en la cual se fundó la resolución recurrida para acordar el desistimiento y archivo, no resulta de aplicación en un supuesto como el presente, dado el carácter necesario de la Sección de Calificación del concurso.

2. Los recurridos se opusieron a la admisión a trámite del recurso aduciendo que se interpuso de forma incorrecta de acuerdo con la nueva regulación del recurso de apelación introducida por la Ley 37/2011, cuando debió haberlo sido por el sistema anterior, que era el vigente cuando se inició el procedimiento. También se opusieron en el fondo alegando que la citación fue correcta y que es de aplicación la norma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la que se ha fundado la resolución recurrida.

SEGUNDO. 3. No tiene fundamento la alegación de inadmisibilidad opuesta por los recurridos porque lo determinante no es el momento en el que se iniciara la tramitación de la Sección Sexta, antes de la entrada en vigor de la Ley 37/2011, sino cuándo se dictó la resolución recurrida, mucho después de esa entrada en vigor. No podemos perder de vista que se trata de una resolución que pone fin a un procedimiento dentro del concurso, el incidente de oposición a la propuesta de calificación de la AC, razón por la que el procedimiento debe considerarse terminado por la referida resolución.

TERCERO. 4. Alteramos el orden de los motivos del recurso para comenzar por el que creemos que tiene mayor sustancia, esto es, el segundo, aunque somos conscientes de que ambos son igualmente trascendentes para su suerte. Lo que plantea ese motivo es que **el art. 442.1 LEC no resulta de aplicación a un caso como éste por el carácter necesario de la Sección de Calificación del concurso, que no tiene naturaleza estrictamente privada sino que comprende aspectos de interés general y orden público**, lo que justifica la intervención del Ministerio Fiscal. Y cita, en apoyo de su

postura, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 28.ª) de 27 de marzo de 2008 y de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sec. 1.ª) de 24 de febrero de 2009, que han defendido su misma posición.

5. Las recurridas se opusieron a este motivo alegando que el llamado informe de calificación es en realidad una demanda, según ha considerado nuestra doctrina, y que no existe motivo alguno que pueda justificar una solución distinta que la seguida por la resolución recurrida, ya que de las dos sentencias invocadas una, la de la Audiencia de Madrid, guarda relación con un procedimiento de quiebras, y la otra no puede considerarse más que un pronunciamiento aislado.

6. Compartimos, al menos en parte, el punto de vista que expresa el recurso. No consideramos que el art. 442.1 LEC esté bien aplicado en el supuesto enjuiciado, aunque debemos reconocer que la cuestión dista mucho de ser pacífica. No faltan argumentos que permiten sostener la posición adoptada por la resolución recurrida, particularmente porque el art. 171.1 LC remite la sustanciación, caso de que exista oposición, a los trámites del incidente concursal y el art. 194.4 LC establece que la vista del incidente concursal se desarrollará en la forma prevista en el art. 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales.

7. No obstante, tampoco faltan argumentos a favor de la posición que expresa el recurso porque el art. 194.4 LC no se remite a todo el juicio verbal sino exclusivamente al art. 443 LEC, esto es, las normas correspondientes a la forma de desarrollo de la vista, de forma que no se incluye en la remisión de forma explícita el art. 442.1 LEC. Por consiguiente, a partir de esa regulación actualmente vigente, es razonable que pueda sostenerse que una cosa es que se remita a las reglas del juicio verbal en cuanto al desarrollo de la vista y otra que la LC haya querido convertir los incidentes concursales en juicios verbales, lo que son cosas distintas.

8. Menor apoyo tiene la posición de la recurrente si se la contempla desde la perspectiva del texto del art. 194.4 LC anterior a la reforma operada por Ley 38/2011, que es el aplicable en el caso, ya que la sustanciación del procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la referida Ley de reforma concursal. Lo que se disponía en ese precepto es que *<<(c)ontestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, salvo en lo relativo a la celebración de la vista>>*. Una norma algo oscura en su significado pero a partir de la cual creemos que se debe deducir que, cuando la vista se hubiera de señalar (la norma no la exigía como regla), se aplicarían las reglas del juicio verbal, esto es, tanto el art. 442 como el art. 443 LEC.

9. No obstante, compartimos el punto de vista que expresan las resoluciones citadas en el recurso respecto al **especial carácter que tiene este procedimiento, que no es un incidente concursal cualquiera sino que es la Sección Sexta o de calificación del concurso, es decir, no se trata de un procedimiento facultativo sino necesario que responde a razones de derecho necesario u orden público**. La SAP Madrid, 28.ª, de 27 de marzo del 2008 (ROJ: SAP M 4020/2008), que cita en el mismo sentido la de 18 de enero de 2007 del propio Tribunal y la del TS de 9 de noviembre de 1950, así lo sostiene. Y, discrepando del parecer de las recurridas, consideramos que el hecho de que aquella Sentencia se refiera a una quiebra, en lugar de a un concurso, no cambia sustancialmente las cosas.

10. Con mayor claridad se justifica la no aplicabilidad del art. 442.1 LEC por la SAP Cáceres, 1.ª, de 24 de Febrero del 2009 (ROJ: SAP CC 100/2009). La idea que esta acoge es la siguiente: *<<...la Ley Concursal no considera el Informe preceptivo de la Administración Concursal sobre la calificación del Concurso como Demanda, sino como trámite o fase de obligado cumplimiento correspondiente a la Sección de Calificación del Concurso y, en consecuencia, en ningún caso puede considerarse como desistida del Incidente a la Administración Concursal si no concurre al acto de la vista del Juicio, pudiendo valorarse, sin ninguna limitación, dicho Informe, sobre todo cuando la propia Ley Concursal no contempla el efecto procesal del desistimiento si la Administración Concursal -o el Ministerio Fiscal- no comparecieran al referido acto de la vista del Juicio Verbal>>*.

Se justifica esa apreciación con la siguiente argumentación: *<<... el artículo 169.1, en su primer inciso, de la Ley 22/2.003, de 9 de Julio, Concursal, dispone que "dentro de los quince días siguientes al de*

expiración de los plazos para la personación de los interesados, la Administración Concursal presentará al Juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del Concurso, con propuesta de Resolución"; luego resulta patente que dicho Informe no sólo no tiene la consideración de Demanda, sino que se configura como una fase inexcusable y preceptiva de la Sección de Calificación del Concurso; y, hasta el extremo ello es así que no es este Dictamen el trámite que inicia el Incidente Concursal, sino la oposición a la calificación, tal y como contempla el artículo 171 de la Ley Concursal cuando establece que "si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el Juez la sustanciará por los trámite del Incidente Concursal. No es incorrecto, pues -según nuestro criterio-, que, una vez promovida la oposición, se continúe directamente el Proceso conforme a los trámites del Juicio Verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.4 de la Ley Concursal), mas -en rigor- tampoco lo sería si se estimara la oposición a la calificación de concurso como la Demanda iniciadora del Incidente Concursal (porque es quien lo provoca) y se confiriera a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que la contestaran en la forma prevenida en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 194.3 de la Ley Concursal)>>.

11. Sea desde la perspectiva que expresa esta última resolución, que creemos muy respetable, o desde la expresada por la Audiencia de Madrid, la conclusión es la misma, que **no resulta aplicable una norma pensada para un proceso civil de carácter dispositivo a un procedimiento que tiene un carácter bien distinto**. Y, si bien somos conscientes de que nuestra doctrina ha apoyado de forma mayoritaria la idea de que el informe de calificación de la AC equivale a una demanda, creemos que existen dudas muy serias de que esa idea se vea realmente reflejada en nuestro derecho positivo o se pueda extraer realmente de él. Esas dudas se cimentan en los siguientes datos:

- **Nuestro legislador no habla en ningún momento de demanda sino de "informe"**, esto es, la misma expresión que dedica a otros actos de la AC a los que nadie atribuye el carácter de demanda, como es el caso del informe que debe elaborar durante la fase común del concurso. Por consiguiente, es defendible que más que una demanda tenga la naturaleza de acto de carácter cuasi-jurisdiccional que se atribuye a esos otros actos de la AC, como es el caso del informe de la fase común, antes referido, el inventario y la lista, o bien el plan de liquidación.
- Esa misma idea se ve apoyada por la exigencia, contenida en el mismo artículo 169.1 LC, de que el informe se haga con **"propuesta de resolución"**. Por consiguiente, creemos que es defendible que la naturaleza que el legislador está concediendo al informe es **más la de una propuesta de resolución, esto es, un acto cuasi-jurisdiccional, que la de una simple demanda**. El hecho de que los requisitos que debe contener el informe de la AC no sean sustancialmente distintos de los de una demanda (art. 399 LEC) no creemos que sea un argumento decisivo para que deba ser considerado como una verdadera demanda.
- La idea expuesta en el apartado anterior creemos que podría verse refrendada por lo que dispone el art. 171.2 LC, esto es, **que caso de no existir oposición el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días**. Es cierto que no dispone que el contenido de esa resolución deba ser el de aceptación de la "propuesta de calificación" hecha por la AC o incorporada en el posterior dictamen que debe elaborar el Ministerio Fiscal, aunque existe una común opinión de que así debe ser. Esta Sección se ha enfrentado con anterioridad a esa cuestión en dos pronunciamientos recientes en los que no había existido oposición y la sentencia del juez del concurso se había limitado a acoger la calificación propuesta por la AC sin mayor justificación. El recurso pretendía la revocación argumentando que la rebeldía o falta de oposición no podía ser valorada como allanamiento sino como oposición y en ambos casos confirmamos la resolución recurrida no acogiendo la argumentación del recurso. Así, en nuestra Sentencia de 19 de Septiembre del 2012 (ROJ: SAP B 11599/2012) decíamos que *<<(e)se proceder es correcto porque el informe del administrador concursal no es una simple demanda sino que va más allá, al menos cuando no existe oposición, e integra una verdadera propuesta de calificación que el juzgado debe acoger cuando no ha existido oposición. Por consiguiente, se trata de un acto de naturaleza cuasi jurisdiccional asimilable en muchos sentidos a la lista de acreedores formulada por la propia administración concursal que acompaña al informe que se presenta en la fase común>>*.
- La regulación legal diferencia ente la **"tramitación de la sección"**, que regula en el art. 170 LC, y la de la oposición a la calificación, que regula en el art. 171.1 LC. Y lo que dispone que

se sustancie por los trámites del incidente concursal no es la sección de calificación sino la de la oposición, disponiendo incluso que cuando sean varias las oposiciones se sustancien juntas. Por consiguiente, no parece disparatado que se considere que es la oposición a la calificación la que integra la demanda, de la que, antes de señalar la vista, habría que dar la oportunidad para que contesten a las demás partes personadas, lo que convertiría a la AC en parte demandada en el incidente, no en parte actora. Ello excluiría que, incomparecida la AC o el Ministerio Fiscal, la consecuencia pueda ser el desistimiento. Más bien parece razonable que lo sería únicamente en el caso de que quien no hubiera comparecido hubiera sido quien hubiera formulado la oposición.

12. En resumen, la resolución recurrida debe ser revocada porque no consideramos que resulte de aplicación en el caso el art. 442.1 LEC. Ello nos lleva a disponer que deba señalarse nuevamente la vista para sustanciar la oposición formulada contra la propuesta de calificación realizada por la AC.

CUARTO. 13. Aunque lo que hemos expuesto en el fundamento anterior satisface completamente el interés del recurso, también consideramos que tiene razón la recurrente en su primer motivo. Con independencia de las dificultades de comunicación entre el juzgado y la AC, que no resultan fáciles de justificar a la vista del largo lapso temporal transcurrido desde que hizo su propuesta de calificación y se señaló la vista, lo determinante es que no consta que la citación para la vista se hiciera a la administradora de forma regular, dado que no se hizo a través de un número de fax indicado por ella misma, como exige el art. 162.1, 2.º LEC para la validez de la citación por ese medio, sino que el juzgado, ante el fracaso de los previos intentos por citarla a través de los números que le constaban como de la AC, requirió del Colegio de Abogados sus datos de contacto y procedió a citarla por medio de fax a través del número facilitado por el ICAB, número que se ha acreditado que corresponde al FC B., entidad para la que presta servicios.

No existe ninguna garantía de que esa citación llegara al efectivo conocimiento de la recurrente, que no aceptó ese medio de comunicación en sus relaciones con la oficina judicial, y ello es razón suficiente para que debamos considerar que la misma es irregular y, por consiguiente, nula.

QUINTO. 14. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 247/2013, de 11 de Junio de 2013.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: En la **impugnación de la lista de acreedores**, para que se excluya el propio crédito de terceros, hay que motivar o justificar suficientemente la causa. De lo contrario, es de aplicar el principio general del vencimiento objetivo, situado en el art. 394.1 LEC, para cuando la parte actora haya visto rechazada la integridad de la pretensión dirigida contra la parte demandada, se haga cargo de la totalidad de las **costas procesales**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El demandante, Sr. V. B. P., en su condición de acreedor de la concursada GAC. INM., S.L., impugnó en su demanda incidental la lista de acreedores al objeto de que (de acuerdo con los términos de la súplica): a) se redujera el crédito privilegiado reconocido a favor de CAIXA LAIETANA a la suma 2.074.436 €; y b) se excluyeran los créditos reconocidos a favor de BAD. GR., S.L., GAC., S.L. y GCE., S.L.

2. La sentencia estimó en parte la demanda y excluyó los créditos reconocidos a favor de GAC., S.L. y GCE., S.L. (*“su crédito debe ser excluido, como solicita el actor”*, concluye la demanda en el fundamento 4), pero desestimó la impugnación en lo que respecta al crédito de BAD. GR., S.L.: *“Diferente suerte debe seguir el crédito de BAD. GR., S.L.. Del documento uno y siguientes aportados con su contestación, resultan los créditos controvertidos, como deriva de la interpretación conjunta del albarán, la factura y la cuenta del Libro Mayor con la concursada, todos coincidentes. La acción debe ser desestimada en este caso”*, argumenta la sentencia sobre este extremo de la impugnación.

En el fundamento 6, la sentencia declara que *“al actor se le impondrán las costas referidas a las acciones de impugnación frente a BAD. GR., S.L. con arreglo al criterio del vencimiento”* (art. 394.1 LEC).

3. El recurso de apelación del actor se contrae únicamente a este pronunciamiento, que le impone las costas causadas por la comparecencia y defensa de BAD. GR., S.L.

Alega que la impugnación del crédito de dicha sociedad ha sido estimada parcialmente, ya que, si bien se ha reconocido la existencia del crédito, la cuantía varía con respecto a la reconocida por la administración concursal, en 59,26 € menos, por lo que es aplicable el art. 394.2 LEC en materia de costas.

4. La imposición al actor de de las costas procesales causadas por la comparecencia y defensa del acreedor impugnado, BAD. GR., S.L., es consecuencia de la correcta aplicación del principio general del vencimiento objetivo que acoge el art. 394.1 LEC, para el caso de que la parte *“haya visto rechazadas todas sus pretensiones”*, es decir, la integridad de la pretensión dirigida contra el demandado o uno de ellos.

Es correcta la aplicación de la regla general porque el actor no impugnó la cuantía del crédito reconocido a favor de BAD. GR., S.L. (al parecer por 877,98 €), en contraste con el comunicado oportunamente (818,72 €), sino que impugnó su íntegro reconocimiento, interesando su exclusión. En ningún lugar la demanda incidental mencionó la cuantía reconocida ni afirmó que ésta no se correspondía con la cantidad que reflejaba la factura emitida por esta sociedad. El motivo de la impugnación, que perseguía la exclusión del crédito de la masa pasiva, descansaba en las inconcretas manifestaciones contenidas en el hecho tercero, en el que la demanda indicaba que algunas sociedades (sin especificar cuáles) están vinculadas con la concursada, y en lo que respecta a otras los datos no se corresponden con la realidad. Concretamente se refería al crédito de BAD. GR., S.L. señalando que en el listado de acreedores consta como su CIF el NIF del Sr. A.H. y la dirección de la sociedad concursada.

Al parecer así es, pero se trataba de un mero error material, no imputable a BAD. GR., S.L., que en el escrito de comunicación de créditos anotó su domicilio y CIF correctamente (documento 1 de su contestación).

En el hecho sexto de la demanda se indicaba que la lista de acreedores no había identificado correctamente los créditos y se habían reconocido créditos de presuntos acreedores inexistentes que son empresas relacionadas con la concursada y personas físicas que también lo están, sin identificar expresamente a BAD. GR., S.L. como sociedad vinculada o beneficiaria de un crédito en realidad inexistente.

En definitiva, la causa de la impugnación no se basaba en la cuantía reconocida, que pudo haber sido objeto de rectificación sin necesidad de plantear un incidente concursal contra dicha sociedad, sino que, con finalidad última de que el crédito en su integridad fuera excluido, se fundaba, por lo que a BAD. GR., S.L. se refiere, en una supuesta vinculación con la concursada (en ningún momento justificada en la demanda), en la inexistencia de su crédito (que tampoco se razonaba, pese a que fue comunicado con aportación de factura y albarán) o bien en que figuraba con datos incorrectos (lo que no justificaba, ya se ha dicho, una demanda incidental de impugnación).

5. Por todo ello, desestimada la impugnación en atención a la causa de pedir en que se fundaba, es correcta la **aplicación de la regla general del vencimiento en materia de costas (art. 394.1 LEC), sin que sean apreciables dudas de hecho o de derecho.**

En esta instancia también han de ser impuestas al apelante, de conformidad con el art. 398.1 LEC.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 136/2013, de **13 de Noviembre de 2013.**

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: El art. 194.2 LC debe ser interpretado conforme al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, otorgando la oportunidad de litigar contra las partes que mantengan una postura impeditiva o contraria, sin coartar el **acceso al proceso** por un juicio apriorístico sobre el mayor o menor fundamento jurídico de la pretensión, a menos que manifiestamente carezca de fundamento legal, o constituya una pretensión absurda, o ejercitada con abuso de derecho o en fraude de ley o procesal.

El nivel de fundamento del derecho ejercitado, el plazo para la **impugnación de la lista de acreedores**, queda amparado por el control inicial que impone dicho precepto, ya que existen serias dudas sobre la extemporaneidad. Debe ser en la sentencia definitiva cuando, tras el correspondiente enjuiciamiento, se decida si el plazo para ejercitar el derecho ha precluido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El acreedor Sr. D.V.T recurre en apelación el auto, dictado por el juez que tramita el concurso de I.T.W., S.A., que inadmite su demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores. El auto razona que la demanda ha sido presentada fuera del plazo establecido por el art. 96.1 en relación con el 95.2 LC y, por ello, al amparo del art. 194.2 LC, la inadmite de plano.

2. La sucesión cronológica de los actos procesales que hay que tener en cuenta para entender la decisión del auto apelado y el recurso del acreedor es la siguiente:

a) El informe de la administración concursal (AC) fue presentado el 7 de noviembre de 2012 (es la fecha del sello de presentación, aunque el juzgado y el propio acreedor indican que fue presentado el 5 de noviembre).

b) El 9 de noviembre, el acreedor Sr. D.V.T presentó en el Juzgado un escrito de personación en el procedimiento, tras haber comunicado en plazo su crédito.

c) El mismo día, 9 de noviembre, el juzgado dicta una diligencia por la que tiene por presentado el informe de la AC, la lista de acreedores y el inventario, y publica en el tablón de anuncios el edicto correspondiente a los efectos del art. 96.1 LC, abriendo el plazo de diez días para la impugnación del inventario y la lista de acreedores.

d) El 13 de noviembre se dicta diligencia por la que se tiene por personado al acreedor.

e) La presentación del informe con la lista de acreedores e inventario no se notifica personalmente al acreedor apelante.

f) La demanda de impugnación de la lista de acreedores se presenta el 24 de enero de 2013.

El acreedor impugnante afirma que fue el 10 de enero de 2013 cuando tuvo conocimiento, al personarse el procurador en el juzgado, de que el 9 de noviembre se había dictado diligencia teniendo por presentado el informe de la AC.

3. El juzgado inadmitió la demanda al amparo del art. 194.2 LC, que permite esa decisión *a limine*, de plano, *“si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental”*. Considera el juez del concurso que la impugnación de la lista de acreedores es extemporánea al haber transcurrido el plazo de diez días a contar desde la publicación de la presentación del informe de la AC en el tablón de anuncios (arts. 95.2 y 96.1 LC), no debiendo computarse ese plazo desde el día 10 de enero de 2013.

El acreedor apela esta decisión denunciando la indefensión que le produce en definitiva, por haberse personado en el procedimiento el día 9 de noviembre de 2012, por lo que tenía derecho a ser notificado personalmente de la presentación del informe de la AC, y además porque el plazo de diez días para impugnar, conforme al art. 96.1 LC, no había comenzado a computar al no constar publicada en el Registro Público Concursal la presentación del informe de la AC.

SEGUNDO. 4. La razón de la inadmisión radica en la -discutible- **extemporaneidad de la impugnación de la lista de acreedores, que el juzgado resuelve aplicando la regla del art. 96.2 LC**, conforme al cual *“las partes personadas”* podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior (art. 95.2), que dispone que la presentación del informe de la AC se notificará a quienes *“se hayan personado en el concurso”* en el domicilio que se haya designado, y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Para los demás interesados, prosigue el art. 96.2 LC, el plazo de diez días se computará desde la última publicación a que se refiere el artículo anterior (publicación en el RPC y en el tablón de anuncios).

5. El juzgado no da al acreedor, a estos efectos, el **tratamiento de parte personada al tiempo de ser presentado el informe de la AC y documentos anexos, lo cual –ya se ha adelantado- es muy discutible, pues el acreedor impugnante se personó en el concurso el mismo día (9 de noviembre de 2012) en el que fue proveída y publicada la presentación del informe de la AC**. Esta coincidencia temporal suscita una duda razonable sobre el **tratamiento de la notificación al acreedor impugnante**, que si ya estaba personado al tiempo de la presentación del informe y anexos tenía derecho a una notificación personal (art. 95.2 LC), en coherencia y correlatividad con la fecha en que se personó en el procedimiento, sin la injerencia extraña que supone que en el mismo día (por motivos, sin duda, de congestión de trabajo en el juzgado) no se proveyera su comparecencia en autos.

6. El art. 194.2 LC contiene una regla especial que regula el trámite judicial de admisión de la demanda incidental: *“si el juez estima que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por la vía incidental, resolverá, mediante auto, su inadmisión (...)”*. El juez del concurso, por tanto, debe examinar de oficio el fondo de la pretensión planteada por la vía procesal del incidente concursal, mediante un juicio de *pertinencia* y otro, añadido, de *entidad* jurídica de la cuestión para calibrar si merece su tratamiento y discusión en un procedimiento contradictorio como es el incidente concursal.

No cabe duda de que la pretensión planteada, de impugnación de la lista de acreedores, supera esta segunda vertiente del control judicial inicial (el juicio de *entidad* jurídica), ya que el art. 95.5 LC conduce a los trámites del incidente concursal para decidir la impugnación por los motivos que en la demanda se exponen.

7. De otro lado, como hemos señalado en anteriores resoluciones, el **contenido y alcance del juicio de pertinencia de la pretensión, para que sea susceptible de ser discutida y decidida en un incidente concursal, comprende sin duda un análisis del derecho y petición que se hace valer para comprobar que merece su tratamiento en el seno del proceso concursal, por plantear una cuestión**

estrechamente relacionada con el interés del concurso en sus diferentes aspectos, y que temporalmente, en atención a sus trámites y estado, se formula en un momento adecuado, sin estar afectada por la preclusión, y, además, que cuenta con un soporte jurídico-concursal que en principio le presta cobertura.

La cuestión que aquí se plantea es hasta qué punto la norma autoriza al juez del concurso para repeler de plano la demanda como resultado de un análisis jurídico de su prosperabilidad o probabilidad de éxito de conformidad con el derecho aplicable, en atención a la temporaneidad de la pretensión.

Lo cierto es que el art. 194.2 LC no impone expresamente al juez del concurso un examen de la *apariencia de buen derecho* de la pretensión ejercitada (concepto jurídico que es empleado y definido por la ley en otras vías o instrumentos procesales de tutela jurídica) o, sin utilizar ese concepto, sobre la probabilidad de éxito de la pretensión, en función de la cobertura jurídica que invoque o pueda ofrecer el demandante, como requisito para la admisión de la demanda.

8. El art. 194.2 LC debe ser interpretado conforme al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al principio *pro actione*, otorgando a quien pretenda el efecto práctico de una norma jurídica habilitante la oportunidad de litigar contra las partes que mantengan una postura impeditiva o contraria, sin coartar el acceso al proceso por un juicio apriorístico sobre el mayor o menor fundamento jurídico de la pretensión, a menos que manifiestamente carezca de fundamento legal, o constituya una pretensión absurda, o ejercitada con abuso de derecho o en fraude de ley o procesal.

El control de *pertinencia*, referido a la cuestión planteada en la demanda incidental, implica necesariamente un examen del fondo del derecho accionado, pero no a los efectos de comprobar un sólido fundamento o una mayor o menor conformidad con el derecho de lo que se pide, con fines de fundar un pronóstico de éxito, sino a otros efectos.

9. Estimamos que en este caso el nivel de fundamento del derecho ejercitado, limitado al plazo para la impugnación de la lista de acreedores, queda amparado por el control inicial que impone dicho precepto, ya que existen serias dudas sobre la extemporaneidad, tal como se ha expuesto. Debe ser en la sentencia definitiva cuando, tras el correspondiente enjuiciamiento, se decida si el plazo para ejercitar el derecho ha precluido.

En conclusión, la demanda debe ser admitida a trámite, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

10. Estimado el recurso no procede la imposición de costas (art. 398.2 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 148/2012, de 5 de Diciembre de 2012.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Conforme al art. 20.2 LC, contra el pronunciamiento del auto consistente en la estimación de la solicitud de concurso voluntario, cabe interponer recurso de apelación, estando legitimada, cualquier persona que acredite interés legítimo.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 20.2 LC, si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso, tales como los añadidos o secundarios, las partes podrán oponerse mediante recurso de reposición. Así, para determinar si contra el auto que resuelva ese recurso de reposición cabe apelación, conforme al art. 197.4 LC, contra el auto resolutorio del recurso de

reposición no cabe recurso alguno, pero las partes pueden reproducir la cuestión (de la prioridad de la solicitud de concurso necesario) en la apelación más próxima, mediante el sistema de apelación diferida.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. El recurso de queja plantea la admisibilidad del recurso de apelación, pretendido por un grupo de acreedores que presentaron la solicitud de concurso *necesario* de SPA., S.A., contra el auto del juzgado mercantil que declaró el concurso *voluntario* de esta sociedad.

2. Presentadas el mismo día, 30 de enero de 2012, en el Juzgado Decano la solicitud de concurso necesario, por los acreedores, y de concurso voluntario, por la deudora, el auto objeto del recurso de apelación, dictado el 1 de febrero de 2012, priorizó la solicitud de concurso voluntario, que declaró con esta consideración, exponiendo las razones por las que no atendía a la solicitud de concurso necesario.

En el recurso de apelación contra el auto que declara el concurso, los acreedores impugnan:

A) Con carácter principal, la decisión que declara el “*concurso voluntario*” de SPA., S.A. SA; solicitan la revocación de este pronunciamiento y la retroacción de las actuaciones al día en que el Juzgado Decano remitió la solicitud de concurso voluntario al Juzgado Mercantil, para que éste acuerde la acumulación de esta solicitud a la de concurso necesario (*ex art. 15.2 LC*, por ser ésta la primera presentada en el tiempo) y dicte auto declarando el concurso necesario.

B) Con carácter subsidiario, impugnan el concreto pronunciamiento del auto que califica como *voluntario* el concurso de SPA., S.A., solicitando que, en su lugar, se califique como concurso necesario y, en consecuencia, se acuerde la conversión en concurso necesario, con los pronunciamientos que conlleva y manteniendo las actuaciones llevadas a cabo, si bien con las modificaciones inherentes a la consideración de concurso necesario.

3. Con estos fines, los acreedores formularon recurso de reposición contra el auto de 1 de febrero de 2012, que declaró el concurso voluntario. Posteriormente (por escrito de 14 de marzo de 2012) los mismos recurrentes interpusieron recurso de apelación *ad cautelam* contra el referido auto.

El juez del concurso dictó auto en fecha 12 de abril de 2012 en el que desestimaba el recurso de reposición e inadmitía el recurso de apelación contra ese mismo auto y contra el anterior, por entender que contra el auto estimatorio de la solicitud de concurso voluntario no cabe apelación, sino únicamente reposición, en interpretación conjunta de los arts. 14.2, 20.2 y 197.3 LC.

SEGUNDO. 4. A la hora de determinar el **acceso a la apelación, en el ámbito concursal, debe atenderse al objeto o materia que resuelve el auto** cuya apelación se pretende, así como al **trámite en el que recae**. Se trata aquí del auto que declara el concurso voluntario, estimando la solicitud del deudor, pero con un matiz particular, y es que esa **solicitud no ha sido la única que podía ser atendida, sino que ha concurrido con la solicitud de concurso necesario por parte de varios acreedores**, de tal modo que la resolución judicial ha otorgado una determinada preferencia o prioridad entre varias opciones, que ha conllevado la consideración de concurso voluntario en lugar de necesario. Pero, al fin y al cabo, debemos considerar, a estos efectos, que se trata del **auto que declara el concurso voluntario**.

5. El régimen general de **recursos en el procedimiento concursal está contenido en el art. 197 LC** (nos referimos en todas las citas de preceptos a la redacción resultante de la reforma operada por la Ley 38/2011, por ser aplicable a este concurso), cuyo apartado 3 indica que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso “*sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto*”; y conforme al **apartado 4** (en la parte que aquí interesa) **contra los autos resolutorios de recursos de reposición no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán**

reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días (añade que a estos efectos se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio).

Este régimen general será aplicable cuando no exista una norma concreta en el articulado de la LC que regule específicamente los recursos que caben contra determinadas resoluciones judiciales.

6. Tratándose del auto que declara el concurso voluntario cabe reconocer un régimen especial de recursos en la propia LC, que no se limita al art. 14.2. Esta norma, al prever que *“contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso [presentada por el deudor] sólo cabrá recurso de reposición”*, es fragmentaria, al no regular el recurso que cabe contra el auto que declara el concurso voluntario, ni contra alguno de sus pronunciamientos, por parte del deudor o por parte de terceros.

Entendemos que no cabe una interpretación que considere esta norma de forma aislada, como conformadora de todo un sistema de recursos, en el sentido de que excluya todo recurso contra el auto que declara el concurso voluntario, porque esta interpretación, aparte de no estar sustentada por su tenor literal, no tiene sentido desde la perspectiva de un lógico sistema de acceso a los recursos, que no cabe interpretar de forma restrictiva.

Una cosa es que si el juez considera no acreditados los presupuestos para la declaración de concurso y, por ello, desestima la solicitud del deudor, éste sólo pueda interponer recurso de reposición (esto es lo que aquella norma dice), y otra, que no tiene cabida en el mismo precepto, es que contra la decisión de sentido contrario, es decir, **contra el auto que declare el concurso voluntario, el deudor no pueda interponer un recurso contra los restantes pronunciamientos del mismo auto, o que los terceros interesados (entre ellos, los acreedores) no puedan plantear su oposición, mediante el pertinente recurso, frente a la decisión de declarar el concurso o contra otros aspectos, pronunciamientos concretos o medidas que acuerde ese mismo auto.** Estas posibilidades impugnatorias no están reguladas en el art. 14 pero sí están previstas en los apartados 2, 3 y 4 del art. 20, y debe entenderse que conforman el régimen de recursos contra el auto que declara el concurso voluntario. De este modo adquiere coherencia el sistema, **posibilitando que los acreedores puedan combatir la declaración de concurso voluntario de su deudor y que tanto éste como aquéllos puedan recurrir (mediante recurso de reposición) alguno de los restantes pronunciamientos del auto que resuelve sobre la declaración de concurso.**

7. Esta interpretación cuenta con apoyo procedente de la literalidad de tales normas: así, ante todo, el primer inciso del apartado 2 señala que contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso (sin limitación al concurso *necesario*) cabrá *“en todo caso”* recurso de apelación.

Regula seguidamente (en el apartado 3) la legitimación para recurrir el auto de declaración de concurso e incluye aquí al *“deudor que no la hubiese solicitado”*. Esta previsión se aplica lógicamente al supuesto de solicitud de concurso necesario, de tal modo que el deudor está legitimado para apelar el auto que declara el concurso. Pero también encuentra aplicación en el supuesto de solicitud de concurso voluntario, excluyéndose la legitimación del deudor para apelar el auto que declara su concurso. Por ello, **no cabe concluir que tales apartados del art. 20 sólo se aplican al supuesto de solicitud de concurso necesario.**

En suma, conforme al art. 20.2, **contra el pronunciamiento del auto consistente en la estimación de la solicitud de concurso voluntario, cabe interponer recurso de apelación, estando legitimada, conforme al apartado 3, cualquier persona que acredite interés legítimo, que sin duda concurre en los acreedores.**

TERCERO. 8. Ahora bien; en el caso presente los acreedores **no impugnan propiamente la estimación de la solicitud de concurso, sino la calificación de concurso voluntario, pues, sin discutir la**

conurrencia de los presupuestos determinantes de la declaración de concurso, lo que **pretenden es que se declare el concurso con la calificación de necesario** (con base la prioridad temporal de su solicitud, ex art. 22.1 LC).

Esta calificación o consideración del concurso, como voluntario o necesario, no constituye el pronunciamiento principal del auto (que es propiamente la estimación de la solicitud de concurso) sino un **pronunciamiento añadido o secundario**, por más que necesario, previsto por el art. 21.1.1º LC.

Y de acuerdo con el art. 20.2, *“si se trata de recurrir únicamente alguno de los demás pronunciamientos contenidos en el auto de declaración del concurso”*, las partes podrán oponerse mediante recurso de reposición.

Contemplamos aquí ese supuesto, pues, como se ha dicho, el interés impugnatorio de los acreedores no es que se deje sin efecto la declaración de concurso, sino que se califique como necesario. De ahí que hayan interpuesto, y haya sido admitido y resuelto, el recurso de reposición previsto por la norma especial.

9. Entendemos, no obstante, que el art. 20.2, al prever el recurso de reposición, no lo hace en términos excluyentes de la apelación, en el sentido de que sólo cabe recurso de reposición (a diferencia del art. 14.2), de modo que debe atenderse al régimen general para determinar si contra el auto que resuelva ese recurso de reposición cabe apelación. Hay que acudir, por tanto, al art. 197.4 LC, conforme al cual, contra el auto resolutorio del recurso de reposición (dictado en este caso el 12 de abril de 2012) no cabe recurso alguno, pero las partes pueden reproducir la cuestión (de la prioridad de la solicitud de concurso necesario) en la apelación más próxima, que dicho precepto identifica (es decir, mediante el sistema de apelación *diferida*).

Procede por todo ello acoger la petición subsidiaria que se formula en el recurso de queja y declarar que contra el auto de fecha 12 de abril de 2012 cabe interponer la apelación *diferida* que regula el art. 197.4 LC.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 152/2012, de 12 de Diciembre de 2012.

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Conforme al art. 39 LC, **no es posible recurrir** las resoluciones sobre nombramiento, **recusación y cese** de los administradores concursales.

Sin embargo, en base al art. 74.3 LC, cabe interponer **recurso de apelación** contra la resolución judicial que, como consecuencia de la separación de los administradores concursales, imponga a éstos la **sanción de pérdida de la retribución** con devolución de las cantidades percibidas.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. Se formula recurso de queja por el Sr. E.C.M. contra el auto dictado el 20 de abril de 2012, que inadmitió el recurso de apelación contra el anterior auto de 9 de marzo del mismo año. Esta última resolución acordó la separación por justa causa como administrador concursal del Sr. Calabria, con pérdida del derecho de retribución así como el requerimiento para que procediera a devolver en el plazo de cinco días las cantidades que en su caso hubiera percibido y entregara la documentación que obrara en su poder.

La separación del cargo de administrador concursal fue acordada por el juez mercantil por no haber sido presentado en el plazo legal y en la debida forma el informe de la administración concursal, de conformidad con lo previsto por el art. 74.3 LC (en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011), en relación con el art. 37.

2. Dispone el **art. 39 LC** (en la redacción aplicable, anterior a la citada reforma) que **contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales no se dará recurso alguno**. Por tanto, contra el pronunciamiento del auto de 9 de marzo de 2012 que acuerda la separación del Sr. E.C.M. como administrador concursal, no cabe ningún recurso, y así lo reconoce el recurrente en el escrito de queja.

No obstante, de acuerdo con el **art. 74.3 LC**, **cabe interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, como consecuencia de la separación de los administradores concursales, imponga a éstos la sanción de pérdida de la retribución con devolución de las cantidades percibidas**.

3. El recurrente en queja advierte que el recurso de apelación que pretende interponer contra el referido auto tiene por objeto, única y exclusivamente, el pronunciamiento relativo a la pérdida de la retribución y la devolución de las cantidades percibidas. Por ello, en la medida en que la apelación se contrae a este objeto, procede estimar la queja y acordar la admisión del recurso de apelación contra ese concreto pronunciamiento del auto de 9 de marzo de 2012.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 156/2012, de 13 de Diciembre de 2012

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: El recurso de apelación no es admisible respecto de las resoluciones interlocutorias que se produzcan durante la fase de liquidación, y que no lo tengan especialmente señalado.

Sin embargo, cabe el recurso de apelación diferida frente a los autos resolutorios de recursos de reposición dictados con posterioridad al cierre de la fase común.

También es admisible el recurso de apelación diferido respecto de todas aquellas resoluciones que se dicten después de abierta la fase de liquidación, sea de forma precipitada o no, pero que no tengan directa relación con actividades propiamente de liquidación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. Recurre en queja la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la providencia dictada por el Juzgado Mercantil núm. 4 en fecha 12 de julio de 2011 por la que no se tuvo por preparado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 19 de mayo de 2011, resolutorio de un recurso de reposición interpuesto por la propia TGSS contra el auto de fecha 28 de febrero anterior por el que a su vez se acordó autorizar la venta de bienes inmuebles con la declaración de que se encontraban libres de cargas, entre ellas los embargos practicados por la propia Tesorería. Estima la recurrente que el juzgado mercantil ha conculcado lo establecido en el art. 197.3 LC que, si bien limita el acceso al recurso directo de apelación, permite que el recurso se adhiera a la apelación más próxima posible. También se afirma que no puede negarse el recurso de apelación contra una resolución que está modificando el plan de liquidación cuando contra la resolución que aprueba dicho plan procede recurso de apelación directo (art. 148.2 *in fine*).

En suma, las razones por las que la recurrente estima que la queja debe ser estimada son dos: (i) de una parte, que el régimen de recursos que procede frente a una resolución que modifique el plan de liquidación debe ser el mismo que contra éste, lo que justificaría la admisión de recurso de apelación de forma directa; y (ii) de otra, el art. 197.3 LC, norma que si bien excluye la apelación directa contra los autos que se dicten en el proceso concursal lo hace admitiendo con carácter general el recurso de apelación de forma diferida (art. 197.4).

SEGUNDO. El carácter o naturaleza de la resolución que se pretende recurrir en apelación

2. Para resolver sobre la cuestión que el recurso de queja plantea es preciso previamente analizar frente a qué resolución se pretendía recurrir propiamente en apelación por la TGSS, lo que en el supuesto que consideramos no es fácil y nos obliga a analizar los antecedentes que justifican el recurso. Son los siguientes:

a) El auto de 28 de febrero de 2011, del que traen causa las demás resoluciones relacionadas con el recurso, dispuso la modificación del plan de liquidación (al menos así se afirma en la propia resolución) previamente aprobado y autorizar a la administración concursal a proceder a la adjudicación de determinados bienes de la concursada, embargados con anterioridad por la TGSS, como libres de cargas. Por ello ordenó la cancelación de los embargos trabados y anotados en el Registro a favor de la Tesorería.

b) Recurrido el referido auto en reposición por la TGSS, el juzgado mercantil desestimó el recurso por medio de su auto de 19 de mayo de 2011 en el que argumenta que, declarado el concurso, los bienes del concursado que hayan sido embargados en ejecuciones singulares se integran en la masa activa sin que el embargo proporcione al acreedor ningún privilegio especial sobre el bien embargado. Por consiguiente, razona la resolución recurrida, el acreedor pierde el derecho que el art. 613 LEC le reconoce al acreedor en una ejecución singular, razón por la que procede la cancelación de las anotaciones de embargo.

3. De esa breve exposición de antecedentes deducimos que **frente a lo que en realidad pretendía recurrir la TGSS es frente a la resolución del juzgado mercantil que ordenaba la cancelación de las anotaciones de embargo de la propia TGSS antes de proceder a la enajenación de los bienes de la concursada sobre los que las mismas pesaban**. Por consiguiente, no podemos considerar que la resolución recurrida acordara en sentido propio modificación alguna del plan, esto es, **no acordó la modificación de las condiciones o de la forma de venta de los bienes afectados por el plan de liquidación sino que se limitó a disponer la cancelación de unas cargas aparentes (no reales, esto es, no oponibles dentro del concurso a los demás acreedores) para permitir que se facilitara la enajenación de los inmuebles afectados**. Frente a ello, lo que pretendía defender la TGSS por medio del recurso de apelación que le ha sido negado es que tiene derecho a que tales cargas (las anotaciones preventivas sobre los inmuebles de la concursada) sobrevivan a la enajenación, transmitiéndose los bienes con ellas.

Consideramos que lo que hace la resolución que **se pretende recurrir es meramente interpretar, de forma previa a la venta, cuál ha de ser la consecuencia de la misma, esto es, la cancelación de los embargos que pesan sobre los inmuebles vendidos**. La justificación que cabe deducir que llevó al juzgado mercantil a hacer esa cancelación previa de las cargas debemos suponer que procede de las dudas existentes sobre si la enajenación en el concurso comportaba la cancelación de esas cargas o su supervivencia, dudas que podían acarrear una sustancial rebaja del precio de venta.

4. No nos corresponde pronunciarnos sobre esa cuestión de fondo en esta resolución. Lo único que debemos hacer, al menos por ahora, es decidir si el recurso de apelación fue correctamente inadmitido o bien si hubiera procedido su admisión a trámite.

TERCERO. Inadmisibilidad del recurso directo de apelación

5. No podemos compartir con la recurrente que sea admisible el recurso directo de apelación. Aunque no le falta razón cuando afirma que la resolución que modifica el plan de liquidación, de forma no prevista en la LC, debe estar razonablemente sometida al mismo régimen de recursos que el propio plan de

liquidación, lo que determinaría que fuera admisible el recurso directo de apelación (art. 148.2 LC), estimamos, como ya hemos adelantado, que **no estamos propiamente ante una resolución que comporte una verdadera modificación del plan de liquidación**, al contrario de lo que la terminología que el juzgado mercantil utiliza sugiere. Ante lo que estamos más bien es ante **una resolución dictada en ejecución o cumplimiento del plan y que persigue allanar inconvenientes surgidos en su cumplimiento**. Por consiguiente, ello nos permite descartar que sea admisible el recurso directo de apelación.

CUARTO. Términos en los que aparece planteado el conflicto interpretativo

6. El art. 197.4 LC determina que *<<(c)ontra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días>>*.

Esa norma puede ser objeto de una doble interpretación: (i) de una parte, en el sentido que muy probablemente lo haya hecho el juzgado mercantil, esto es, en el sentido de que la apelación diferida contra los autos resolutorios de recursos de reposición únicamente está abierta para los dictados durante la fase común, no así para los dictados durante la fase de liquidación; (ii) de otra, como lo interpreta la recurrente en queja, que estima que la norma no cierra la puerta a la apelación diferida frente a este tipo de resoluciones en la fase de liquidación. Por consiguiente, de acuerdo con esta segunda interpretación, serían en todo caso susceptibles de recurso de apelación diferida los autos resolutorios de recursos de reposición dictados tras haberse cerrado la fase común.

7. Son diferentes los argumentos que pueden justificar cada una de esas posiciones y la falta de claridad de la norma no permite decantarse con seguridad por una de ellas. A continuación procedemos a su examen, intentando dar respuesta a todos los argumentos que se han introducido en el largo debate que sobre esta cuestión hemos sostenido en la Sala.

A favor de la segunda postura, esto es, la favorable a la admisibilidad de la apelación, pueden aducirse los siguientes argumentos:

a) La simple exégesis de la literalidad del art. 197.4 LC. La referencia a "fase común o de convenio" está en el texto de la norma referida exclusivamente a "los incidentes concursales promovidos"; por consiguiente, no alcanza a los "autos resolutorios de recursos de reposición". Para que no fuera así y pudiera interpretarse la norma referida a los autos hubiera sido necesario que el legislador hubiera dicho "*dictados y promovidos*", cosa que no ha hecho. Por consiguiente, de la literalidad de esa norma cabe deducir que el recurso de apelación diferido tiene aplicación en dos grupos de casos: (i) de una parte, respecto de los incidentes promovidos o en la fase común o en la de convenio; (ii) de otra, respecto de los autos resolutorios de recursos de reposición, cualquiera que sea el momento en que se hubieran dictado.

b) La restricción del recurso directo de apelación en el caso de las sentencias incidentales en realidad no supone limitación alguna en el acceso al recurso de apelación sino someter las mismas al régimen de recurso de apelación directo, lo que no se puede extender al caso de los recursos de reposición. De ello se sigue que el legislador no haya querido establecer para ambos casos una misma restricción temporal.

c) La interpretación conjunta de esa norma, realizada junto con los arts. 197.3 y 197.5 LC lleva a la misma postura, como más adelante justificaremos.

d) Resulta demasiado simplista pretender encontrar en la norma del art. 197.4 LC un paralelismo con el régimen de recursos del proceso declarativo. Aunque el legislador hubiera pretendido impedir el recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias, lo que finalmente ha resultado de la regulación positiva no ha sido propiamente un régimen de prohibición de acceso al recurso de apelación sino su sometimiento a un régimen muy peculiar de "apelación diferida" o aplazada.

e) La reforma operada por Ley 38/2011 no ha disipado las dudas sino que las ha incrementado porque establece en el seno del art. 197.4 dos párrafos contradictorios entre sí.

8. A favor de la postura contraria, que tiende a una interpretación más restrictiva del acceso al recurso de apelación, pueden tomarse en consideración los siguientes argumentos:

- a) El apartado segundo del artículo 197 dispone que contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso “sólo” cabrá recurso de reposición, salvo que “en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”. El término “sólo” es un adverbio de modo que significa “únicamente” o “una sola vez”.
- b) No parece razonable que el artículo 197.3 LC disponga que contra los autos y providencias “sólo” quepa reposición, salvo que la Ley Concursal establezca otra cosa, y que inmediatamente después, en el apartado tercero, se admita en todo caso la apelación.
- c) Aunque el apartado 4 del art. 197 contiene incorrecciones terminológicas, solo establece la apelación diferida contra resoluciones recaídas durante la fase común o de convenio (bien sea de incidentes concursales o de recursos de reposición sustanciados durante esas fases).
- d) Sólo las sentencias que aprueben el convenio o las que resuelvan incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación son recurribles mediante la apelación directa (art. 197.5 LC).
- e) La exposición de motivos, que parece ofrecer fundamento a esa interpretación.
- f) De admitirse la apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición en liquidación, se trataría de una apelación condicionada, pues sólo sería efectiva si finalmente recayera con posterioridad a la reposición una resolución que admitiera ese tipo de recurso. Es decir, protestado aquel auto, la resolución recurrida no sería firme y, sin embargo, no tendría garantizada la apelación. Nos parece un sinsentido y un elemento generador de una gran inseguridad jurídica, incompatible con los fines que se persiguen en la liquidación.
- g) El sistema de recursos se asemejaría al de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en ejecución, proceso que guarda cierto paralelismo con la fase de liquidación, sólo admite apelaciones si la propia Ley así lo establece.
- h) La Ley 38/2011, que da nueva redacción al artículo 197, se afirma que toma postura por esta segunda interpretación. El apartado cuarto, tras disponer, en igual sentido que el anterior apartado, que “contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que formulen protesta en el plazo de cinco días”, añade que “a estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada”. Esto es, delimita las “resoluciones más próximas” a aquellas que cierran la fase común. En liquidación, por tanto, no existe una “apelación más próxima” que pueda servir de vehículo a apelaciones diferidas de autos resolutorios de recursos de reposición sustanciados durante esa fase.

9. Analizamos a continuación la fortaleza de los argumentos con los que se defiende la inadmisibilidad de la apelación diferida fuera de la fase común. Partimos de la idea de que, aunque sean abundantes, de ello no se deriva que, necesariamente, también sean lo suficientemente consistentes como para decantarnos con claridad por esa postura.

QUINTO. Sobre lo que resulta de la exposición de motivos de la Ley 22/2003

10. Comenzaremos por un argumento que podemos considerar como previo o de partida, la indagación de cuál fue la voluntad del legislador al establecer este particular régimen de recursos. En el apartado X de la exposición de motivos podemos leer lo siguiente: <<La celeridad de este procedimiento se complementa con un adecuado sistema de recursos, en el que, en principio, sólo se admite el de reposición contra providencias y autos y el de apelación contra sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso, aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio. Contra las sentencias resolutorias de incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, cabrá también recurso de apelación. (...) De este modo, en línea con la orientación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se elimina la multiplicidad de recursos de apelación interlocutorios, de naturaleza parcial o relativos a resoluciones no definitivas, que actualmente dificultan y dilatan la tramitación de los procedimientos concursales, y se ordena, sin merma de las garantías procesales, un sistema de recursos que obliga a las partes a concentrar y racionalizar sus motivos de disconformidad y facilita su resolución con la necesaria visión de conjunto>>.

11. El argumento favorable a la tesis de no admitir el recurso diferido de apelación después de la fase común consiste en que difícilmente cabe hablar de "celeridad" como característica que define el sistema de recursos si finalmente se interpreta que cabe apelación contra todo auto o providencia.

12. Se trata de un argumento poderoso, es innegable. Un sistema de recursos muy permisivo o amplio frente a las resoluciones interlocutorias puede ser un serio inconveniente desde la perspectiva de la agilidad o celeridad del procedimiento. Por consiguiente, resulta innegable que la celeridad constituye un auténtico *desiderátum*, una idea fuerza que informa la regulación positiva, o al menos que la debería informar, lo que no siempre es lo mismo. Pero ocurre que la celeridad del procedimiento no presupone un sistema de recursos muy restrictivo frente a las resoluciones interlocutorias. La celeridad depende más del régimen de los efectos de la interposición y admisión de los recursos que de su propia existencia; y depende más de su tramitación ágil y rápida, que de las trabas a su sustanciación.

La experiencia en la aplicación del sistema de recursos de la Ley Concursal, particularmente en el caso de la apelación diferida o aplazada ha venido a demostrar que el sistema diseñado no parece el más adecuado para conseguir ese *desiderátum* de partida, porque se ha traducido en una simple demora injustificada, y sin ningún provecho para el procedimiento concursal, en la sustanciación de los recursos de apelación diferida.

Aunque lo que acabamos de exponer trasciende al objeto de la argumentación y puede parecer que no tiene demasiado provecho para nuestro objetivo, nos sirve para establecer una idea: que una cosa es la voluntad del legislador y otra la de la ley, y que ambas no siempre coinciden.

13. La exposición de motivos no solo pone el acento en la celeridad sino que también lo hace en dos ideas adicionales:

a) Seguir la orientación de las normas de la LEC en materia de recursos frente a resoluciones interlocutorias.

b) No impedir el replanteamiento de las cuestiones objeto de las resoluciones interlocutorias ante el órgano de la segunda instancia. Impedir únicamente el planteamiento autónomo, condicionándolo a que se recurso se plantee en el seno de un recurso de apelación "principal".

14. También la idea de establecer un paralelismo con las normas de la LEC puede parecer atractiva; cosa distinta es que pueda hacerse razonablemente ese paralelismo. Los inconvenientes son dos: (i) primero, que en la LEC no existe un único modelo sino dos distintos: uno para la fase declarativa y otro para la de ejecución; y (ii) segundo, que la naturaleza del proceso concursal no se corresponde bien ni con la naturaleza del proceso declarativo ni tampoco con el de ejecución, aunque pueda participar de las notas de uno y de otro.

14.1. Durante la sustanciación del proceso declarativo de la LEC no cabe recurso de apelación frente a resoluciones interlocutorias. Solo protesta que prepara el camino para que la parte pueda volver a plantear la cuestión en el posterior recurso de apelación que cabe contra la resolución definitiva que pone fin a la instancia.

14.2. En cambio, frente a las resoluciones interlocutorias de la fase de ejecución no procede recurso de apelación más que en los casos explícitamente determinados por el legislador (art. 562 LEC).

15. La cuestión está en cuál de esos dos modelos se ha querido que informe las normas de recursos de la LC o si se ha querido que sean ambos. Las pistas que sobre ello ofrece la propia exposición de motivos conducen a pensar que lo que se ha querido trasponer ha sido exclusivamente el modelo de recursos de la fase declarativa.

16. El problema es que la naturaleza del proceso concursal guarda muy poca analogía con la propia del proceso declarativo. Por ello, el resultado práctico no ha sido el pretendido por el legislador en la exposición de motivos, esto es, que no existieran recursos autónomos de apelación frente a las resoluciones interlocutorias y que las partes se hubieran de esperar al recurso frente a la resolución definitiva. Y la razón por la que el resultado no ha sido el esperado se encuentra en que, en realidad, en el proceso concursal no existen resoluciones definitivas, al menos en el mismo sentido en que lo existen en la fase declarativa del proceso civil, esto es, resoluciones que ponen fin a la instancia y condensan todos los vicios de la fase del

procedimiento. Como consecuencia de ello surgió el problema de determinar cuáles podían ser las resoluciones que sirvieran de vehículo o cauce para la apelación aplazada frente a resoluciones interlocutorias (que también incluían, de forma muy poco comprensible, los incidentes concursales de la fase común) con la dudosa conclusión inicial de que pudiera serlo prácticamente cualquier recurso de apelación autónoma. Con ello se evidenció el completo divorcio entre lo pretendido por el legislador y lo legislado.

17. Por consiguiente, y como conclusión de este apartado, **no resulta fácil extraer argumentos válidos de lo que se afirma en la exposición de motivos de la Ley concursal. Pero si hay que extraer algunos serían los siguientes:**

i) El legislador no ha pretendido, como regla, negar el acceso al conocimiento de la segunda instancia a las discrepancias que puedan expresar las partes frente a resoluciones judiciales que puedan considerarse como meramente interlocutorias, esto es, providencias y autos, al menos durante las fases común y de convenio.

ii) El legislador ha pretendido restringir el acceso al recurso de apelación frente a esas resoluciones y lo ha condicionado a la existencia de otro recurso de apelación que pueda considerarse como principal o como vehículo y cita de forma explícita los recursos de apelación frente a las siguientes resoluciones: << *sentencias que aprueben o rechacen el convenio, su cumplimiento o incumplimiento y la conclusión del concurso*>>.

SEXTO. Los argumentos de interpretación gramatical, lógica y sistemática

18. Es cierto que cuando el art. 197.3 LC (anterior art. 197.2) dice que contra las providencias y autos “sólo” cabrá el recurso de reposición está enunciando una regla general importante. Ahora bien, el sentido de la misma no es el que antes se le ha atribuido, esto es, impedir el posterior acceso al recurso de apelación. Lo que se quiere decir al enunciar esa regla es que no cabe el recurso de apelación frente a providencias y autos, salvo que expresamente la ley disponga otra cosa. Por consiguiente, solo cabe el recurso de reposición. Pero de lo que no se ocupa esa norma es del régimen de recursos frente al auto resolviendo el recurso de reposición, como resulta del apartado siguiente, el 4, que explícitamente se refiere al régimen de recursos frente a esa resolución para establecer que frente a ellos “no cabe recurso alguno”, si bien las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima.

En suma, **lo que la norma está afirmando no es exactamente que no quepa apelación contra los autos resolutorios de un previo recurso de reposición sino algo distinto, que cabe “apelación diferida”, esto es, un recurso que se debe preparar y esperar a que surja la ocasión de adherirse a otro recurso de apelación.**

19. Aunque puede parecer que eso recuerde al sistema de apelación frente a resoluciones interlocutorias de la LEC (y así se explica lo que se dice en la exposición de motivos) en realidad es un sistema distinto porque entre el recurso diferido y el recurso al que se adhiere no tiene por qué existir una directa relación, cosa que no ocurre en el caso de los recursos contra las resoluciones interlocutorias de la fase declarativa del proceso común en los que siempre existe relación porque el procedimiento es único y todo lo que es objeto de las resoluciones interlocutorias se puede considerar trasladado a la sentencia. Por consiguiente, en el proceso concursal puede que en algún caso exista relación pero con mucha frecuencia existe una completa desconexión entre ambos recursos. Eso nos lleva a la idea de que la “**apelación diferida**” **no es un “no recurso” como parece haberlo considerado el legislador en el art. 197.4 LC sino un verdadero recurso de apelación, con particularidades muy notables en cuanto a su sustanciación.**

20. Efectivamente, existe una indudable relación entre el art. 197.4 y el 197.5 LC. El segundo se refiere (además de a las sentencias que aprueben el convenio) a las sentencias que resuelvan incidentes planteados con posterioridad a la aprobación del convenio o durante la fase de liquidación, para exceptuarlas del régimen de la apelación diferida y someterlas al de la apelación directa. Es muy significativo que esa norma no ha resultado modificada tras la reforma operada por Ley 38/2011. Por consiguiente, **el legislador establece que el régimen de “apelación diferida” se extiende a todos los incidentes promovidos durante la fase de convenio. Debemos suponer, por consiguiente que, si ello es así, es porque existe un recurso de apelación que sirve de vehículo para esa apelación diferida. Por consiguiente, ello es contrario a una idea fuerza que se sostiene para defender la inadmisibilidad de la apelación diferida tras la conclusión**

de la fase común, que todas las resoluciones que pueden servir de vehículo son las que cierran la fase común. El art. 197.5 LC no se podría sostener en sus propios (y claros) términos a partir de la idea de que las únicas resoluciones vehículo son las que se citan en el art. 197.4 (tras la reforma de Ley 38/2011), esto es: (i) resolución de apertura de la fase de convenio; (ii) la que acuerde la apertura de la fase de liquidación; y (iii) la que apruebe la propuesta anticipada de convenio. A todas ellas debe añadirse la establecida en el art. 98 LC (en la redacción dada por Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo), esto es, el auto de finalización de la fase común.

Si lo que se hubiera querido hacer en esas dos reformas hubiera sido establecer un "*numerus clausus*" de "resoluciones vehículo" se habría modificado el art. 197.4 (antes 197.3) para excluir de este peculiar sistema de apelación directa a los incidentes promovidos durante la fase de convenio. Que no se haya modificado esa norma es indicativo de que las resoluciones que permiten vehicular el recurso diferido de apelación no pueden considerarse cerradas. Esa interpretación también es compatible con la actual redacción de esta norma, particularmente cuando lo que afirma es lo siguiente: "A estos efectos se considerará apelación más próxima...". Es obvio que eso no es lo mismo que si dijera "sólo se considerará apelación más próxima...". Por consiguiente, la norma puede ser considerada como interpretativa sin forzar en demasía su literalidad pero no puede ser considerada como establecedora de un *numerus clausus* sin forzar completamente su sentido. Y, por otra parte, lo esencial o sustantivo no es la segunda parte, procedente de la reforma operada por Ley 38/2011, sino la primera, la originaria, que es la única que establece propiamente el sistema de recursos.

21. Por otra parte, la existencia de esa relación tan estrecha entre los apartados 4 y 5 de la LC no ofrece un argumento consistente para sostener la inadmisibilidad del recurso de apelación (diferida) frente a los autos resolviendo recursos de reposición sino más bien lo contrario: es indicativo de que la referencia que se efectúa en el inicio del art. 197.4 cuando dice "*promovidos en la fase común o en la de convenio*" únicamente guarda relación con "las sentencias dictadas en los incidentes concursales". No así, por tanto, con los "autos resolutorios de recursos de reposición".

Por consiguiente, no es solo el elemento gramatical el que nos lleva a sostener esa interpretación sobre el alcance de la restricción establecida en esa norma, sino también el lógico y el sistemático. Creemos que esa forma de entenderla (reducida a incidentes) es la que mejor se corresponde con las demás normas con las que está en relación.

22. Como conclusión de este apartado debemos decir que de los propios términos del art. 197.4 y de las normas con las que guarda relación no podemos deducir la idea de que el recurso de apelación diferido deba quedar constreñido exclusivamente a las resoluciones interlocutorias de la fase común. Al menos también debemos considerarlo admisible respecto de las resoluciones interlocutorias de la fase del convenio.

SÉPTIMO. Sobre la admisibilidad del recurso de apelación diferido durante la fase de liquidación

23. Los argumentos que anteceden conducen, al menos en nuestra opinión, a que debemos considerar admisible el recurso de apelación diferida o aplazada después de la fase común, particularmente durante la fase de convenio. No obstante, no son tan concluyentes cuando nos referimos a los recursos admisibles durante la fase de liquidación. El art. 197.4 LC también podría ser interpretado, sin forzar en exceso su sentido, poniendo en relación la referencia a la "*fase común o en la de convenio*" con "autos resolutorios de recursos de reposición". Es más, un párrafo que extraemos de la propia exposición de motivos parece indicar la idea de que, en realidad, lo que se ha introducido en la redacción del art. 197.4 es una mera incorrección en la redacción y que el sentido de la norma es el que acabamos de sugerir. Dice así la exposición de motivos: <<...*aunque en este recurso pueden volver a plantearse las cuestiones resueltas en reposición o en incidentes concursales durante la fase común o la de convenio*...>>.

24. Los argumentos con los que se puede defender la aplicación de un régimen distinto a las resoluciones de la fase de liquidación son los siguientes:

a) Su analogía con la fase de ejecución común, en la que no caben más recursos de apelación que los explícitamente fijados por el legislador.

b) Razones de conveniencia práctica: la seguridad jurídica de las transmisiones que se producen en el curso de esa fase, que no pueden quedar expuestas a los riesgos derivados del éxito de un recurso posterior.

c) La eventualidad de que no exista una resolución posterior que pueda servir de vehículo.

25. Es sugerente la idea de asimilar el régimen de recursos durante la fase de liquidación al régimen de recursos establecido en la LEC para el proceso de ejecución, en cuyo art. 562 LEC se cercena de forma muy notable el acceso al recurso de apelación. Es cierto que es durante el la fase de liquidación donde se produce una mayor analogía entre ambos procedimientos. Pero ello no es razón suficiente para interpretar la norma en examen en términos restrictivos, por las siguientes razones:

a) Que exista cierta similitud no excluye que también existan diferencias muy apreciables entre ambos procedimientos.

b) La regulación del régimen de recursos es una regulación especial que se efectúa en la Ley Concursal con el carácter de una regulación cerrada en cuanto a cuestiones tales como el que nos ocupa, esto es, el régimen de recursos que proceden frente a cada resolución.

26. No obstante, si creemos que concurre entre ambos procedimientos una nota común que justifica que también sea similar la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrece en cuanto al sistema de recursos procedente frente a las resoluciones del órgano jurisdiccional: en ambos casos resulta esencial la seguridad jurídica medida como expresión de confianza en lo que resulta de las resoluciones judiciales. En ambos procedimientos la finalidad perseguida coincide en perseguir la realización de un patrimonio, esto es, proceder a su venta. Por ello, la seguridad jurídica tiene que ver con la confianza que los compradores tienen depositada en las condiciones en las que esa venta se produce. Permitir que esas condiciones pudieran ser reconsideradas por medio de la revisión del contenido de las resoluciones realizada en apelación resulta incompatible con la eficacia del sistema de venta, que es el fin esencial que creemos que se debe preservar.

27. Por otra parte, es cierto que de admitirse la apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición en liquidación, se trataría de una apelación condicionada, pues sólo sería efectiva si finalmente recayera con posterioridad a la reposición una resolución que admitiera ese tipo de recurso. Es decir, **protestado aquel auto, la resolución recurrida no sería firme y, sin embargo, no tendría garantizada la apelación. Nos parece un sinsentido y un elemento generador de una gran inseguridad jurídica, incompatible con los fines que se persiguen en la liquidación.**

28. No obstante, tampoco podemos desconocer que, tras la reciente reforma operada por la Ley 38/2011, es frecuente que la fase de liquidación se abra de forma precipitada, incluso sin haber concluido siquiera la fase común. Así lo autoriza con carácter general el art. 142.1 LC y en relación con el procedimiento abreviado el art. 191 ter LC. No podemos deducir de ello que, abierta la fase de liquidación, ya no quepa recurso de apelación diferida contra los autos resolutorios de recursos de reposición. Como hemos anticipado, **la limitación en el acceso a la apelación diferida únicamente creemos que guarda relación con las estrictas actividades de liquidación, no con las que no tengan relación directa con ella, frente a las que cabrá recurso diferido a través de la apelación más próxima que sea admisible.**

OCTAVO. Conclusiones

29. En suma, **nos decantamos por considerar que el recurso de apelación no es admisible respecto de las resoluciones interlocutorias que se produzcan durante la fase de liquidación y que no lo tengan especialmente señalado.**

Ello no significa, en cambio, que también estemos aceptando que no quepa recurso de apelación diferida frente a los autos resolutorios de recursos de reposición dictados con posterioridad al cierre de la fase común.

Y también aceptamos que sea admisible el recurso de apelación diferido respecto de todas aquellas resoluciones que se dicten después de abierta la fase de liquidación, sea de forma precipitada o no, pero que no tengan directa relación con actividades propiamente de liquidación.

NOVENO. Costas

30. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas pese a no haber sido estimada la queja, atendida la complejidad de las cuestiones que el caso plantea y las dudas que su resolución suscita, que han quedado bien evidenciadas en la fundamentación que antecede.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 6/2013, de 21 de Enero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: El recurso de apelación diferida o aplazada es admisible durante la fase de convenio. Sin embargo, no es admisible respecto de las resoluciones interlocutorias de la fase de liquidación que no lo tengan señalado especialmente, siempre que esas resoluciones sean estrictamente liquidatorias; no así, en otro caso.

Además, no hay duda en la interpretación respecto de una **autorización judicial de venta de bienes**, pues la norma lo prohíbe claramente (art. 43.2 LC y 188 LC).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Para delimitar el recurso de queja de Bastos Medical, S.L., acreedor en el concurso número 428/2007 del Juzgado Mercantil número 2 de Barcelona, de Torras Valentí, S.L., deben relacionarse los antecedentes procesales siguientes, que resultan del recurso de queja y de los documentos que acompaña (por copia):

1) Por auto de 9 de junio de 2011, el juzgado acordó abrir la fase de liquidación del concurso de Torras Valentí, por darse el supuesto del artículo 142.3 de la Ley concursal (LC) (*el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél*). Así resulta del documento 1 del recurso.

2) Por auto de 27 de septiembre de 2011, el juzgado autorizó la enajenación de activos a Torval Médica, S.A., en los términos que constaban en el escrito de la administración concursal (AC) de 29 de julio de 2011 y en la oferta por escrito de Torval Médica, S.A. de 25 de julio de 2011. La parte dispositiva del auto hacía constar la exclusión de los efectos propios de la sucesión de empresa, por lo que el adquirente no se subrogaría en ninguna de las obligaciones anteriores a la enajenación, incluidas las obligaciones fiscales y con la Tesorería General de la Seguridad Social, así como los salarios e indemnizaciones pendientes de pago.

En los fundamentos jurídicos del auto se invocaban los artículos 188 y 43.2. LC. Se razonaba que la entidad oferente estaba formada por directivos y empleados de la concursada, circunstancia que había determinado la oposición de la Agencia Tributaria y de la entidad DPP Internacional, S.A. A la vista de la oposición, el tribunal había solicitado un nuevo informe a la AC, del que resultaba, sin duda, según el juez, que la venta de la unidad productiva era la solución más conveniente para el conjunto de acreedores, incluidos los opuestos a la operación. En el auto se analizaban los datos de hecho de la operación.

3) El 13 de octubre de 2011, Bastos Medical, S.L. recurrió en reposición contra el auto anterior. En un extenso escrito, solicitó que el juzgado anulara la autorización para la enajenación de activos a favor de Torval Médica, S.A.

4) Por auto de 10 de noviembre de 2011, el juzgado desestimó el recurso de Bastos Medical, S.L.

5) El 17 de noviembre de 2011, Bastos Medical, S.L. formuló protesta, a los efectos previstos en el artículo 197.4 LC, contra el auto de 10 de noviembre de 2011, reservando la reproducción de la cuestión planteada en la apelación más próxima.

- 6) Por providencia de 23 de noviembre de 2011, el juzgado tuvo por formulada la protesta contra la *sentencia* de 10 de noviembre de 2011.
- 7) En el auto de 1 de diciembre de 2011, el juzgado expuso que, por error, se había tenido por formulada la protesta contra el auto de 10 de noviembre, contra el que, de conformidad con el artículo 197.2 LC, no cabía recurso alguno, tal como se había hecho constar en la parte dispositiva del propio auto. Se acordó tener por no anunciada la protesta previa a la interposición de recurso de apelación contra el auto de 10 de noviembre de 2011, resolutorio de reposición contra el auto de 27 de septiembre de 2011.
- 8) Mediante escrito presentado el 28 de diciembre de 2011, Bastos Medical, S.L. recurrió en reposición contra el auto de 1 de diciembre de 2011. Solicitaba que se mantuviera a todos los efectos la providencia de 23 de noviembre de 2011 que tenía por formulada la protesta contra el auto de 10 de noviembre de 2011.
- 9) Por auto de 27 de enero de 2012 se desestimó el recurso de reposición anterior.
- 10) Contra este auto de 27 de enero de 2012 interpone recurso de queja Bastos Medical, S.L.

2. El auto contra el que se formula la queja expone que no comparte la tesis del recurrente, conforme a la cual cabe recurrir en apelación los autos resolutorios de recursos de reposición dictados durante la fase de liquidación del concurso. El juez considera que la regulación específica de la LC no ofrece duda. Cita el artículo 197 en sus diferentes apartados y concluye que la LC excluye, de forma expresa, el recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición dictados durante la fase de liquidación, de conformidad con la regla general del artículo 197.3 y la falta de previsión en contrario de los dos apartados siguientes. Entiende que ello es así porque en la fase de liquidación, en principio, no existe una apelación más próxima o, mejor dicho, puede no existir, según como concluya el concurso, a diferencia de lo que acontece durante la fase común.

3. El recurso de queja, con razonados argumentos, sostiene, en síntesis, que es cierto que la LC no regula expresamente los recursos contra los autos resolutorios de recursos de reposición en fase de liquidación, pero tampoco los excluye, sino que, por el contrario, al no prohibirlos, es más acorde con el principio de tutela judicial efectiva entender que los permite. Cita, en ese sentido, el auto de una Audiencia Provincial que considera que cabe el recurso de apelación a través del recurso contra el plan de liquidación. El recurrente añade que, en el caso de autos, el juzgado autorizó una importante cesión de bienes a la concursada, en una interpretación muy amplia del artículo 43.2 LC, al autorizar la entrega prácticamente gratuita de activos de la concursada, una vez abierta la liquidación, y que con la resolución recurrida se impediría, en la práctica, la revisión judicial de dicha autorización, en sede de apelación, y se limitaría la revisión al plan de liquidación que habrá quedado en gran parte sin contenido, pues pocos bienes quedan por liquidar.

4. Sobre la admisibilidad del recurso de apelación diferido durante la fase de liquidación se ha pronunciado esta sala, en el auto de 13 de diciembre de 2012, tras un largo debate sobre la cuestión. Antes de exponer el criterio del tribunal, conviene recordar el tenor de los preceptos de cuya aplicación se trata.

El artículo 197.3 LC dice: “Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”.

El artículo 197.4 establece que “Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”.

Como decíamos en el auto citado, de 13 de diciembre pasado, esta última norma, debido a su falta de claridad, puede ser interpretada en dos sentidos: (i) el que le da el juzgado mercantil en el auto contra el que se recurre en queja, según el cual, la apelación diferida contra autos resolutorios de recursos de reposición únicamente está abierta para los autos dictados durante la fase común y (ii) el que sostiene la parte recurrente, que estima que la norma no cierra la puerta a la apelación diferida de este tipo de resoluciones en la fase de liquidación.

Ponderábamos en aquel auto los argumentos a favor de una y otra tesis. **A favor de la admisibilidad:**

- a) La literalidad del artículo 197.4 LC (cuando se refiere, por un lado, a autos resolutorios de recursos de reposición y, por otro, a sentencias dictadas en incidentes *promovidos* en la fase común o de convenio; el término *promovidos* solamente puede referirse a los incidentes, no a los autos, de donde resultaría que el recurso de apelación diferido cabe: (i) respecto de sentencias en incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio, y (ii) respecto de autos resolutorios de recursos de reposición, cualquiera que sea el momento en que se hayan dictado).
- b) La restricción del recurso diferido de apelación en caso de sentencias incidentales no supone sino someterlas al régimen del recurso de apelación directo, lo que no cabe extender a los recursos de reposición.
- c) La interpretación conjunta de la norma con las del artículo 197.3 y 197.5 LC lleva a la misma postura.
- d) No puede hallarse un verdadero paralelismo entre el artículo 197.4 y el régimen de recursos del proceso declarativo. La LC no establece propiamente un régimen de prohibición de apelación contra decisiones interlocutorias, sino un régimen peculiar de apelación diferida.
- e) La reforma por la ley 38/2011 lejos de disipar dudas las incrementa, al establecer en el artículo 197.4 dos párrafos contradictorios.

Argumentos a favor de la interpretación restrictiva de acceso a la apelación:

- a) El artículo 197.3 dispone, como principio general, que contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición (salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto).
- b) No parece razonable que, inmediatamente después, en el artículo 197.4 se admita en todo caso la apelación.
- c) Aunque el artículo 197.4 contenga incorrecciones terminológicas, solo establece la apelación diferida contra resoluciones recaídas durante la fase común o de convenio (incidentes concursales o autos resolutorios de reposición sustanciados durante esas fases).
- d) Solo las sentencias que aprueben el convenio o resuelvan incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación son recurribles mediante apelación directa (artículo 197.5 LC).
- e) El texto de la Exposición de motivos de la LC (apartado X).
- f) Una eventual apelación contra autos resolutorios de recursos de reposición solo sería efectiva si finalmente recayera una resolución que admitiera apelación.
- g) El sistema de recursos se asemejaría al de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), que, en ejecución -proceso que guarda cierto paralelismo con la fase de liquidación- solamente admite apelaciones cuando la propia ley así lo establece.
- h) La delimitación que añade en el artículo 197.4 la Ley 38/2011 (*"A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio"*). En liquidación no existe una apelación más próxima que pueda servir de vehículo a apelaciones diferidas de autos resolutorios de recursos de reposición sustanciados durante esa fase.

5. Tras un estudio detenido de los argumentos enunciados, en el auto de 13 de diciembre de 2012, concluíamos que **era admisible la apelación diferida o aplazada durante la fase de convenio, pero aquellos argumentos no los considerábamos tan concluyentes respecto de los recursos admisibles en la fase de liquidación**. En este punto, apuntábamos los siguientes argumentos a favor de la inadmisión de la apelación contra autos resolutorios de recursos de reposición, en la fase de liquidación:

- a) **Su analogía con la fase de ejecución del proceso común**, en la que no caben más recursos de apelación que los fijados explícitamente por la ley (artículo 562 LEC). No estimábamos, sin embargo, que ésta fuera razón suficiente para interpretar la norma en examen en términos restrictivos.
- b) **Razones de conveniencia práctica: la seguridad jurídica de las transmisiones que se producen en el curso de esta fase, que no pueden quedar expuestas a los riesgos derivados del éxito de un recurso posterior**. En este punto sí creíamos que concurren entre ambos procedimientos (de ejecución común y de liquidación concursal) una nota común que justifica una respuesta similar del

ordenamiento jurídico en cuanto al sistema de recursos contra las resoluciones del órgano jurisdiccional: en ambos casos resulta esencial la seguridad jurídica medida como expresión de confianza en lo que resulta de las resoluciones judiciales. En ambos procedimientos la finalidad perseguida es la realización de un patrimonio. Por ello, la seguridad jurídica tiene que ver con la confianza que los compradores tienen depositada en las condiciones en que la venta se produce. Decíamos que permitir que esas condiciones pudieran ser reconsideradas por medio de la revisión del contenido de las resoluciones realizada en apelación resulta incompatible con la eficacia del sistema de venta, que es el fin esencial que creemos que se debe preservar.

c) **La eventualidad de que no exista una resolución posterior que pueda servir de vehículo.** Protestado el auto, la resolución no sería firme pero no tendría asegurada la apelación, elemento generador, a nuestro juicio, de gran inseguridad jurídica, incompatible con los fines perseguidos en la liquidación.

Por las razones expuestas, en el auto citado consideramos que **no era admisible el recurso de apelación respecto de las resoluciones interlocutorias de la fase de liquidación que no lo tengan señalado especialmente, siempre que esas resoluciones sean estrictamente liquidatorias; no así, en otro caso.**

Esas mismas razones nos han de llevar, en la resolución de este recurso de queja, a compartir las consideraciones del auto del juzgado de 27 de enero de 2012 y a desestimar el recurso.

6. En el caso en examen, deben añadirse otras razones que están ausentes en el debate anterior y en el auto de 27 de enero de 2012, pero a las que se aludió en otras resoluciones del juzgado que hemos relacionado en el fundamento de derecho 1.

Nos hallamos ante una autorización judicial de venta de bienes. El artículo 43.2 LC establece que *"hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez"*. El artículo 188 LC, que regula las autorizaciones judiciales, dispone en su apartado 3: *"Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición"*.

La norma es clara y terminante. Con base en ella, debe considerarse bien denegada la tramitación del recurso de apelación y debe desestimarse la queja.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 138/2013, de 13 de Noviembre de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Según el art. 13.2.II LC, si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días. Si no se subsanara, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de **recurso de reposición, y no de recurso de apelación**

Igualmente, conforme al art. 14.2 LC, contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Al examinar los antecedentes de hecho de esta resolución se advierte algún defecto en la tramitación de la solicitud de concurso voluntario formulada por don J.F.O.I.:

- 1) El auto del juzgado de 28 de julio de 2010 inadmitió a trámite la solicitud de concurso voluntario instada por la representación en autos de don J.F.O.I. Decía que contra el auto cabía recurso de reposición.
- 2) El Sr. J.F.O.I. presentó recurso de reposición contra el auto anterior.
- 3) El auto del juzgado de 1 de octubre de 2010 estimó el recurso de reposición. Dejó sin efecto el auto de 28 de julio de 2010 y requirió al solicitante de concurso para que aportara determinada documentación complementaria que debió aportar con la solicitud inicial.
- 4) El auto del juzgado de 22 de octubre de 2012 acordó no admitir el concurso, ante la no aportación de la documentación que se había requerido.
- 5) Más tarde, el auto de 10 de junio de 2013 del juzgado rectifica el error material que aprecia en el auto de 28 de julio de 2010 –auto que había quedado sin efecto por el auto de 1 de octubre de 2010- y hace constar que debió decirse que contra el auto cabía recurso de apelación, no de reposición.
- 6) El 27 de junio de 2013, don J.F.O.I. interpuso recurso de apelación contra el auto de 28 de julio de 2010.
- 7) La diligencia de constancia de esta Sección 15ª, de 10 de julio de 2013, tuvo por interpuesto recurso de apelación contra el auto del juzgado de 20 de octubre de 2012 (entendemos que se refería al auto de 22 de octubre de 2012, el más próximo en el tiempo, ya que no existe de 20 de octubre).
- 8) También la diligencia de ordenación de 19 de julio de 2013 de esta Sección tuvo por interpuesto recurso de apelación contra el auto del juzgado de 20 de octubre de 2012.
- 9) Notificadas estas diligencias a la parte apelante, nada alegó sobre un posible error en la fecha de la resolución impugnada.

2. Como es de ver, las actuaciones del juzgado, a partir del auto de 28 de julio de 2010, sufren un anómalo desdoblamiento en dos cursos paralelos:

- Por un lado, las actuaciones derivadas del recurso de reposición del Sr. J.F.O.I. contra ese auto, recurso estimado por el auto de 1 de octubre de 2010 que requiere documentación complementaria cuya no aportación da lugar, a la postre, al auto del juzgado de 22 de octubre de 2012 que acuerda no admitir el concurso, por la falta de tal documentación.
- Por otro lado, el nuevo *iter* procesal que se inicia cuando el auto del juzgado de 10 de junio de 2013 rectifica el auto de 28 de julio de 2010 –casi tres años anterior-, afirma que ese auto es apelable y la defensa del Sr. J.F.O.I. hace uso de esa nueva posibilidad de recurso y apela contra el auto de 28 de julio de 2010.

3. Aunque el desorden descrito haya podido confundir también a la Secretaría de esta Sección 15ª, que considera que el auto objeto de apelación es de fecha 22 de octubre de 2012 (las diligencias del Sr. secretario dicen 20 de octubre de 2012 pero no consta auto alguno de esa fecha), lo cierto es que el **único recurso de apelación que consta en autos es el presentado por la representación del Sr. J.F.O.I. el día 27 de junio de 2013 (ff. 102 y ss. de las actuaciones), contra el auto del juzgado de 28 de julio de 2010.**

4. El auto de 28 de julio de 2010 (f. 59). En su parte dispositiva hacía constar que contra el auto cabía recurso de reposición.

Esa instrucción de recursos tiene apoyo en el artículo 13.2.II de la Ley concursal (LC), conforme a la cual, en la redacción aplicable al caso, si el juez estimara que la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen de algún defecto, señalará al solicitante un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder de cinco días. Justificado o subsanado dentro del plazo, el juez en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil proveerá conforme a los artículos 14 ó 15. En otro caso, el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición.

En ese mismo sentido se pronuncia el artículo 14.3 LC (ahora, tras la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, artículo 14.2), que establece, al tratar de la provisión sobre la solicitud del deudor, que contra el auto desestimatorio de la solicitud de concurso sólo cabrá recurso de reposición.

El auto del juzgado de 10 de junio de 2013, que rectifica lo que considera un error material del auto de 28 de julio de 2010, sobre la instrucción de recursos, no argumenta con base en qué precepto concluye la

viabilidad del recurso de apelación. Consideramos que **los artículos citados de la LC son claros y terminantes y, por tanto, no es admisible el recurso de apelación contra el auto de 28 de julio de 2010.**

Por las mismas razones expuestas, tampoco sería admisible el recurso de apelación contra el auto del juzgado de 22 de octubre de 2012, que acuerda no admitir el concurso por falta de aportación de la documentación complementaria requerida.

La causa de inadmisión del recurso opera, una vez admitido indebidamente, como causa de desestimación.

5. Pese a la desestimación del recurso, no procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte apelante, atendidas las dudas de derecho que ha podido generar la que consideramos incorrecta instrucción de recursos (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 145/2013, de **27 de Noviembre de 2013.**

Ponente: Luis Garrido Espa

Resumen: Al albur del artículo 197 LC, no es admisible el **recurso de apelación** respecto de las **resoluciones interlocutorias** de la fase de liquidación que no lo tengan señalado especialmente, siempre que esas resoluciones sean estrictamente liquidatorias; no así, en otro caso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. Se interpone recurso de queja contra el auto dictado en fecha 16 de mayo de 2013 en los procedimientos de concurso voluntario nº 239/2013 y 241/2013, que inadmitió el recurso de apelación formulado, según manifestaron los recurrentes, contra el auto de fecha 16 de abril de 2013. La resolución del juzgado inadmite el recurso de apelación porque no existe ningún auto dictado en esa fecha, 16 de abril de 2013.

2. Aunque los recurrentes no lo aclaran expresamente, parece que la apelación se refería al auto dictado en fecha 17 de abril de 2013 en ambos concursos, cuyo testimonio fue requerido por este tribunal, dado que no se aportaba con el recurso de queja. A esta resolución debe quedar referida, por tanto, los argumentos que procedan para admitir o inadmitir la apelación, salvando el mero error de transcripción de la fecha del auto cuya apelación se pretende.

3. El auto de fecha 17 de abril de 2013 acordó, una vez aprobado el correspondiente plan de liquidación (por auto de 14 de marzo de 2013, según expresa la propia resolución judicial), la adjudicación de la unidad productiva de las concursadas TE., S.A. y MEC. MON. VA., S.A., de acuerdo con el plan de liquidación, a favor de quien se consideró que hizo la mejor oferta, ROT., S.A.

4. Los recurrentes en queja argumentan, en apoyo de la admisibilidad de la apelación contra dicho auto, que el art. 197.4 LC no impide la apelación contra los autos que se dicten en fase de liquidación, en este caso con posterioridad al auto que aprueba el plan de liquidación, y que sería concretamente en este caso el ulterior auto que aprueba la adjudicación de activos o de la unidad productiva a favor del mejor postor u ofertante.

SEGUNDO. 5. Hemos mantenido la postura contraria desde nuestro auto de fecha 13 de diciembre de 2012 (rollo 324/2012), criterio que hemos confirmado en el auto de 21 de enero de 2013 (rollo 249/2012), y en otros posteriores.

Razonamos en aquel primer auto, en interpretación conjunta de los apartados 3 y 4 del art. 197 LC, que no cabe recurso de apelación contra los autos resolutorios de recursos de reposición dictados en la fase de liquidación que no lo tengan señalado especialmente, siempre que esas resoluciones sean estrictamente liquidatorias (no así en otro caso), solución que igualmente resulta aplicable a los autos dictados en fase de liquidación con posterioridad al auto que aprueba el plan de liquidación.

6. Nuestra fundamentación fue la siguiente:

Antes de exponer el criterio del tribunal, conviene recordar el tenor de los preceptos de cuya aplicación se trata.

El artículo 197.3 LC dice: “Contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”.

El artículo 197.4 establece que “Contra los autos resolutorios de recursos de reposición y contra las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de cinco días”.

Como decíamos en el auto citado, de 13 de diciembre pasado, esta última norma, **debido a su falta de claridad, puede ser interpretada en dos sentidos: (i) el que le da el juzgado mercantil en el auto contra el que se recurre en queja, según el cual, la apelación diferida contra autos resolutorios de recursos de reposición únicamente está abierta para los autos dictados durante la fase común y (ii) el que sostiene la parte recurrente, que estima que la norma no cierra la puerta a la apelación diferida de este tipo de resoluciones en la fase de liquidación.**

Ponderábamos en aquel auto los argumentos a favor de una y otra tesis. **A favor de la admisibilidad:**

a) La literalidad del artículo 197.4 LC (cuando se refiere, por un lado, a autos resolutorios de recursos de reposición y, por otro, a sentencias dictadas en incidentes *promovidos* en la fase común o de convenio; el término *promovidos* solamente puede referirse a los incidentes, no a los autos, de donde resultaría que el recurso de apelación diferido cabe: (i) respecto de sentencias en incidentes promovidos en la fase común o en la de convenio, y (ii) respecto de autos resolutorios de recursos de reposición, cualquiera que sea el momento en que se hayan dictado).

b) La restricción del recurso diferido de apelación en caso de sentencias incidentales no supone sino someterlas al régimen del recurso de apelación directo, lo que no cabe extender a los recursos de reposición.

c) La interpretación conjunta de la norma con las del artículo 197.3 y 197.5 LC lleva a la misma postura.

d) No puede hallarse un verdadero paralelismo entre el artículo 197.4 y el régimen de recursos del proceso declarativo. La LC no establece propiamente un régimen de prohibición de apelación contra decisiones interlocutorias, sino un régimen peculiar de apelación diferida.

e) La reforma por la ley 38/2011 lejos de disipar dudas las incrementa, al establecer en el artículo 197.4 dos párrafos contradictorios.

Argumentos a favor de la interpretación restrictiva de acceso a la apelación:

a) El artículo 197.3 dispone, como principio general, que contra las providencias y autos que dicte el Juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición (salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto).

b) No parece razonable que, inmediatamente después, en el artículo 197.4 se admita en todo caso la apelación.

- c) Aunque el artículo 197.4 contenga incorrecciones terminológicas, solo establece la apelación diferida contra resoluciones recaídas durante la fase común o de convenio (incidentes concursales o autos resolutorios de reposición sustanciados durante esas fases).
- d) Solo las sentencias que aprueben el convenio o resuelvan incidentes planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación son recurribles mediante apelación directa (artículo 197.5 LC).
- e) El texto de la Exposición de motivos de la LC (apartado X).
- f) Una eventual apelación contra autos resolutorios de recursos de reposición solo sería efectiva si finalmente recayera una resolución que admitiera apelación.
- g) El sistema de recursos se asemejaría al de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), que, en ejecución -proceso que guarda cierto paralelismo con la fase de liquidación- solamente admite apelaciones cuando la propia ley así lo establece.
- h) La delimitación que añade en el artículo 197.4 la Ley 38/2011 (*"A estos efectos, se considerará apelación más próxima la que corresponda frente a la resolución de apertura de la fase de convenio, la que acuerde la apertura de la fase de liquidación y la que apruebe la propuesta anticipada de convenio"*). En liquidación no existe una apelación más próxima que pueda servir de vehículo a apelaciones diferidas de autos resolutorios de recursos de reposición sustanciados durante esa fase.

Tras un estudio detenido de los argumentos enunciados, en el auto de 13 de diciembre de 2012, concluíamos que era **admisibile la apelación diferida o aplazada durante la fase de convenio, pero aquellos argumentos no los considerábamos tan concluyentes respecto de los recursos admisibles en la fase de liquidación**. En este punto, apuntábamos los siguientes argumentos a favor de la inadmisión de la apelación contra autos resolutorios de recursos de reposición, en la fase de liquidación:

- d) Su analogía con la fase de ejecución del proceso común, en la que **no caben más recursos de apelación que los fijados explícitamente por la ley** (artículo 562 LEC). No estimábamos, sin embargo, que ésta fuera razón suficiente para interpretar la norma en examen en términos restrictivos.
- e) Razones de conveniencia práctica: la seguridad jurídica de las transmisiones que se producen en el curso de esta fase, que no pueden quedar expuestas a los riesgos derivados del éxito de un recurso posterior. En este punto sí creíamos que concurren entre ambos procedimientos (de ejecución común y de liquidación concursal) una nota común que justifica una respuesta similar del ordenamiento jurídico en cuanto al sistema de recursos contra las resoluciones del órgano jurisdiccional: en ambos casos resulta esencial la seguridad jurídica medida como expresión de confianza en lo que resulta de las resoluciones judiciales. En ambos procedimientos la finalidad perseguida es la realización de un patrimonio. Por ello, la seguridad jurídica tiene que ver con la confianza que los compradores tienen depositada en las condiciones en que la venta se produce. Decíamos que **permitir que esas condiciones pudieran ser reconsideradas por medio de la revisión del contenido de las resoluciones realizada en apelación resulta incompatible con la eficacia del sistema de venta, que es el fin esencial que creemos que se debe preservar**.
- f) La eventualidad de que no exista una resolución posterior que pueda servir de vehículo. Protestado el auto, la resolución no sería firme pero no tendría asegurada la apelación, elemento generador, a nuestro juicio, de gran inseguridad jurídica, incompatible con los fines perseguidos en la liquidación.

Por las razones expuestas, en el auto citado consideramos que **no era admisible el recurso de apelación respecto de las resoluciones interlocutorias de la fase de liquidación que no lo tengan señalado especialmente, siempre que esas resoluciones sean estrictamente liquidatorias; no así, en otro caso**.

7. Existen serias dudas de derecho, por lo que no imponemos las costas (art. 398.1 LEC).

Sentencia nº 381/2012, de 20 de Noviembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: El artículo 196 LC, dispone que en los procesos declarativos, las **costas de la primera instancia** se impongan a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones. Su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. Se configura como una facultad del juez discrecional aunque no arbitraria, puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Quando se den serias dudas de derecho, no puede haber condena en costas a la parte actora.

Notas: Referencia la doctrina jurisprudencial sobre costas; STS de 10 de diciembre de 2010.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad demandante, que prestó servicios de arquitectura a la concursada S.R.G.I., S.L., ejercita acción resolutoria por incumplimiento de contrato y de modificación de la lista de acreedores, interesando que se crédito, por importe de 1.623.168,77 euros, que fue reconocido como ordinario, se califique contra la masa.

La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda, por entender, básicamente, que los servicios se habían prestado antes de la declaración de concurso, aun cuando la obligación de pago venciera con posterioridad. Y por aplicación del principio objetivo del vencimiento, condenó a la parte actora al pago de las costas procesales.

La demandante recurre en apelación la sentencia, impugnando únicamente el pronunciamiento relativo a las costas procesales, pues considera que la cuestión litigiosa plantea serias dudas de hecho y de derecho. A tal pretensión se oponen la administración concursal y la concursada –esta última, a pesar de no haberse opuesto a la demanda-.

SEGUNDO.- El artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a las sentencias de incidentes concursales por remisión del **artículo 196 de la Ley Concursal**, dispone que **en los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones**. Sin embargo, el principio objetivo del vencimiento, como criterio de imposición, se matiza en el mismo precepto, al atribuir al tribunal la facultad de apreciar que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, en cuyo caso no deben imponerse las costas al litigante vencido. Como señala la **STS de 10 de diciembre de 2010**, esta previsión tiene su antecedente inmediato en el artículo 523 de la LEC de 1881, “y su acogimiento transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. Se configura como una facultad del juez (SSTS 30 de junio de 2009 y 10 de febrero de 2010) discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes”.

En el presente caso, para analizar si la cuestión que se somete a enjuiciamiento resulta o no controvertida y discutible, es preciso analizar, siquiera sucintamente, el fondo del asunto. En el presente caso, la parte actora no se limitó a solicitar la exclusión de un crédito concursal, sino que sostuvo en la demanda que el contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre las partes era de tracto sucesivo y que, al tiempo de declararse el concurso, el contrato se “hallaba en situación de cumplimiento por ambas partes”. Se trataba, en definitiva, de un contrato de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por una y otra parte sujeto a las previsiones del artículo 61.2º de la Ley Concursal. La obligación de pago, según la demandante, se incumplió tras la declaración de concurso, por lo que estaba facultada a promover la resolución por incumplimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.

La administración concursal, en su escrito de contestación, admitió que existían dudas sobre la calificación del contrato y, en concreto, si era de tracto único o de tracto sucesivo (hecho segundo de la contestación, al folio 23). Sin embargo, prescindiendo de la situación del contrato tras la declaración, sostuvo la consideración del crédito como concursal por responder a servicios prestados antes de la declaración, cualquiera que fuera la fecha del vencimiento de la obligación de pago. La sentencia de instancia acoge el criterio de la administración concursal, no sin antes expresar sus dudas (fundamento segundo, al folio 50), dado que afirmó que “la cuestión era discutible”.

TERCERO.- A la vista de cuanto antecede, debe concluirse, como afirma la demandante, que el caso entrañaba serias dudas de derecho, dudas que se han acrecentado con lo alegado por una y otra parte, respectivamente, en los escritos de apelación y oposición. En efecto, resulta muy discutible la calificación del contrato y, en concreto, si era de ejecución instantánea (tracto único) o continuada (tracto sucesivo). La calificación resulta determinante, dado que condiciona completamente la facultad de resolución regulada en el artículo 62. Aun cuando no se han extendido las partes, tanto por la importancia económica del contrato como por la emisión de una pluralidad de facturas, no es descartable que pudiera calificarse como un contrato de tracto sucesivo, por comprender prestaciones de cumplimiento reiterado o continuo.

Si así fuera, el artículo 62 facultaba a la demandante a promover la resolución, dentro del concurso, tanto si el incumplimiento fue anterior como posterior a la declaración de concurso. En este contexto, el artículo 62.4º regula el tratamiento del crédito del contratante *in bonis*, distinguiendo también según que el incumplimiento fuera anterior o posterior al concurso. En el primer caso, el “crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales se incluirá en el concurso”, expresión equívoca que viene interpretándose en el sentido de que el crédito será concursal. Por el contrario, si el contrato se incumple tras la declaración, “el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa”. En el presente caso concurre una dificultad añadida de interpretación, toda vez que, incumplido el contrato, las partes acordaron su novación, posponiendo la obligación de pago. Si se entiende, como sostiene la actora, que, precisamente por la novación, el contrato se incumplió una vez declarado el concurso, el crédito lo sería contra la masa

A todo ello debe añadirse una última consideración. En la demanda, y con más precisión, en el recurso, la demandante afirma que cinco de las facturas (de la 111 a la 115), fechadas el 4 de junio de 2008 –el concurso se declaró el 15 de abril de ese mismo año-, responden a trabajos “devengados” –hay que entender que quiso decir “efectuados”- con posterioridad. Tal afirmación no ha sido rebatida por las demandadas. Ello habría implicado, no sólo que el contrato se mantuvo vigente tras la declaración, sino que al menos en una pequeña parte del crédito sí habría merecido, en cualquier caso, la consideración de crédito contra la masa. Por todo lo expuesto, atendidas las dudas de derecho suscitadas, debe dejarse sin efecto la condena en costas a la parte actora.

CUARTO.- Estimado el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer condena en costas de esta alzada.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 147/2013, de 2 de Diciembre de 2013.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: La reclamación de deudas sociales del artículo 50.2º LC, por incumplimiento de deber de instar la disolución como al de solicitar el concurso, no debe admitirse a trámite una vez declarado el concurso de la sociedad.

La aplicación de la norma resulta muy discutible por razones de índole temporal, ya que el concurso se declaró antes de entrar en vigor la Ley, si bien la demanda se interpuso bajo su vigencia. Al concurrir dudas de derecho que enervan el criterio objetivo del

vencimiento, la parte demandada no debería haber soportado ningún gasto si el Juzgado hubiera adoptado la decisión de inadmitir a trámite la demanda en su momento, por lo que no procede la **imposición de costas**.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El auto apelado, conforme a lo dispuesto en el artículo 50.2º de la Ley Concursal, acuerda no admitir a trámite la demanda interpuesta por E.P.E., S.L.U. Para la resolución del recurso hemos de reseñar los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

1º) E.P.E., S.L.U. ejerció contra Don F.A.C., administrador único de HEM., S.L., acción de responsabilidad por deudas del artículo 105.5º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad. Según relató en la demanda, HEM., S.L. a 31 de diciembre de 2008 se encontraba incurso en causa de disolución, por ser negativos los fondos propios en 15.690,501 euros (documento siete de la demanda). Concurría, por tanto, la causa de disolución prevista en el artículo 104, apartado e/, de la LSRL (artículo 363.1, apartado d/ del TRLSC), al haber quedado reducido el patrimonio neto contable a menos de la mitad del capital social.

El demandado incumplió, al entender de la actora, el deber legal de disolver la sociedad o solicitar el concurso, por lo que debía responder de la deuda de HEM., S.L., por importe de 1.050.000,02 euros. La obligación de pago se hizo efectiva el 30 de noviembre de 2010, cuando se cumplió la condición suspensiva pactada en el contrato suscrito entre las partes el 24 de septiembre de 2008.

2º) El 8 de septiembre de 2009 HEM., S.L. fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil 8 de esta ciudad (autos 717/2009). La demandante se personó en el concurso interesando, mediante escrito de 16 de febrero de 2012, se le incluyera en la lista de acreedores como subrogada de los ejecutivos de HEM., S.L., titulares originales del crédito –la demandante intervino en el contrato como fiadora de la concursada y se subrogó una vez abonada la deuda a aquéllos-.

La solicitud del concurso, a juicio de la actora, se presentó extemporáneamente, una vez transcurrido el plazo de dos meses previsto en el artículo 105 de la LSRL.

3º) Admitida a trámite la demanda, el demandado Don F.A.C. contestó a la demanda, alegando, entre otros motivos de oposición, que debía archivar el procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 50.2º de la Ley Concursal, que prohíbe, una vez declarado el concurso, que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causas de disolución.

4º) En el acto de la audiencia el Juzgado advirtió la “posible causa de inadmisibilidad” –como se expresa en los antecedentes de la resolución apelada- y concedió un plazo de cinco días a las partes para que alegaran lo que tuvieran por conveniente.

Finalmente el Juzgado acordó, por auto de 30 de abril de 2013, no admitir la demanda con expresa imposición de costas a la parte demandante. La resolución apelada se fundamentó en el artículo 50.2º de la Ley Concursal y aplicó, en materia de costas, el criterio del vencimiento del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.- La actora recurre en apelación únicamente el pronunciamiento relativo a las costas procesales. Alega la recurrente que no es aplicable el principio general del vencimiento del artículo 394 de la LEC y que, en cualquier caso, la cuestión suscitaba dudas de derecho. Según la demandante, la responsabilidad del administrador demandado se postuló tanto por haber incumplido el deber de disolver como por no haber solicitado en tiempo el concurso, situación que no está expresamente contemplada en el artículo 50 de la Ley Concursal. En prueba de ello la demandante señala que el Juzgado llegó a admitir la demanda y que desestimó el recurso de reposición que en un primer momento le interpuso el demandado contra el decreto

de admisión.

El demandado se opone al recurso e interesa se confirme la sentencia por sus propios fundamentos. Considera la parte demandada que la cuestión no suscita dudas de derecho, dado que el artículo 105 contempla una única acción y la demora en la solicitud del concurso, de existir, ha de sustanciarse en la pieza de calificación. Por tanto ha de aplicarse, sin más, el criterio del vencimiento, que ha de regir en todos aquellos supuestos en los que las pretensiones de las partes no prosperen.

TERCERO.- Como venimos exponiendo, la inadmisión y, en definitiva, el archivo de las actuaciones se justifica en la resolución apelada en el artículo 50.2º de la Ley Concursal. De acuerdo con dicho precepto, *“los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”*. De admitirse indebidamente a trámite la demanda, añade dicho precepto, *“será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del apartado anterior”*, esto es, se ordenará el archivo de las actuaciones, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.

En el presente caso, E.P.E., S.L.U. no discute que en su demanda ejercitó la acción de responsabilidad por deudas a la que alude el precepto transcrito. La condena al demandado se justificó, única y exclusivamente, en el incumplimiento del deber legal de promover la disolución o solicitar el concurso de HEM., S.L., sociedad de la que Don F.A.C. era administrador único cuando se contrajo la deuda. La actora identificó perfectamente la causa de disolución: la sociedad había incurrido en pérdidas que dejaron reducido el patrimonio neto contable a una cantidad inferior a la mitad del capital social (artículo 104, apartado e/ de la LSRL).

Sin ningún género de dudas, por tanto, la acción ejercitada es la contemplada en el artículo 50.2º, que no debe admitirse a trámite una vez declarado el concurso de la sociedad. Sólo existe una acción de responsabilidad amparada en el artículo 105.5º de la LSRL (artículo 367 del TRLSC), que nace del incumplimiento del deber legal de instar la disolución de la sociedad o, en su caso, de solicitar el concurso, cuando concurre causa legal de disolución. La solicitud del concurso se presenta como una alternativa a la liquidación. La recurrente entiende que el demandado también incumplió el deber de instar el concurso, que presupone la insolvencia de la sociedad, pretensión que considera que no está claramente prevista en el artículo 50.2º. No compartimos esa alegación. Dicho precepto, al identificar la acción que queda vedada por la declaración del concurso, alude a la de reclamación de deudas sociales contra los administradores sociales de las sociedades concursadas que *“hubieren incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución”* (el subrayado es nuestro). Se refiere, en definitiva, tanto al incumplimiento de deber de instar la disolución como al de solicitar el concurso.

TERCERA.- Ahora bien, consideramos que sí concurren dudas de derecho por una causa distinta a la invocada por la recurrente y que pudo ser tenida en cuenta por el Secretario del Juzgado en su decisión inicial de admitir a trámite la demanda. Las dudas de derecho, en principio, se darán de existir criterios doctrinales y jurisprudenciales contrapuestos o decisiones judiciales de contenido dispar motivadas por cambios normativos o de otra índole. En cualquier caso y como hemos reiterado en otras ocasiones, lo determinante, a estos efectos, no son tanto las dudas subjetivas del juez en el momento de juzgar, como que la cuestión pueda aparecer objetivamente dudosa desde la perspectiva de la demanda o de la contestación.

Pues bien, desde la perspectiva de quien demanda y de quien ha de resolver sobre la admisión a trámite, la aplicación del artículo 50.2º de la Ley Concursal al presente caso sí se presentaba como muy discutible por razones de índole temporal. Dicho apartado fue introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La disposición transitoria primera de dicha Ley establece, con carácter general, que se aplicará a las solicitudes de concurso que se presenten y que se declaren tras su entrada en vigor. Y la disposición transitoria novena, que establece ciertas especialidades en torno al régimen transitorio de las normas que regulan los efectos del concurso sobre acciones individuales, no anticipaba la aplicación del artículo 50.2º a los concursos en trámite. En este caso el concurso se declaró antes de entrar en vigor la

Ley, si bien la demanda se interpuso bajo su vigencia. No anticipamos cuál es el criterio de esta Sala sobre la materia, dado que la recurrente sólo impugna el pronunciamiento relativo a las costas procesales. Basta con indicar que la cuestión no es pacífica y que se intuyen al menos dos soluciones posibles. Concurren, por tanto, dudas de derecho que enervan el criterio objetivo del vencimiento (artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A todo ello debemos añadir que ningún gasto hubiera soportado la parte demandada si el Juzgado hubiera adoptado la decisión de inadmitir a trámite la demanda en su momento, esto es, tras ser presentada y no después de celebrada la audiencia previa.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso y dejar sin efecto la condena en costas a la demandante.

CUARTO.- No imponemos las costas de esta alzada conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 15/2013, de 6 de Febrero de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La resolución administrativa que acuerda el **apremio**, tras la declaración del concurso, es **nula de pleno derecho**, ya que, ante la contradicción entre el contenido de la norma legal (LC) y el de la reglamentaria de la SS (RD 1415/2004), debe primar lo que establece la norma legal.

A pesar de que el **juez del concurso** tenga la competencia para conocer de toda ejecución frente a los bienes del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado (art. 8.3º LC), esa competencia no le autoriza a poder **declarar la nulidad** de los actos de aquellos otros órganos que contradigan la referida norma legal. La competencia para ello corresponde a los órganos que establezca, en cada caso, la norma aplicable al acto (en este caso, órganos de la Administración o bien la jurisdicción contencioso-administrativa).

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de apelación frente a la resolución dictada por el juzgado mercantil declarando la nulidad de las providencias de apremio recaídas en el procedimiento administrativo que sigue la propia Tesorería por deudas de la Seguridad Social. El juzgado mercantil consideró que, al ser las referidas providencias posteriores a la declaración del concurso, conculcan lo establecido en el art. 55 de la Ley Concursal (LC). Frente a ello la recurrente estima que la resolución recurrida ha incurrido en los siguientes vicios:

a) **Incongruencia**, porque trae causa de la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante el propio juez del concurso en el que la concursada solicitaba la anulación. El juzgado, si bien se estima incompetente para conocer del referido recurso, en cambio entra a conocer en el fondo declarando la nulidad de las providencias de apremio recurridas.

b) **Aplicación indebida** de lo dispuesto en el art. 55 LC en relación con el art. 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, así como del art. 10.1.4 del propio Reglamento (RD 1415/2004). Estima la recurrente que es correcta su actuación de dictar providencia de apremio una vez declarado el concurso, ya que a continuación ha paralizado el procedimiento.

SEGUNDO. 2. No podemos compartir que exista la **incongruencia** denunciada por dos razones distintas:

a) **El juzgado ha resuelto sobre la petición de la parte y no ha ido más allá de lo que le solicitaba.** No creemos que sea relevante el hecho de que la petición fuera incorrectamente planteada por la parte como un recurso contencioso-administrativo. El juzgado ha aclarado en su resolución que carece de competencia para conocer de un recurso de esa naturaleza, pero no para conocer de la cuestión planteada, que no es más que una de las innumerables cuestiones incidentales que pueden surgir a lo largo del concurso.

b) **La cuestión afecta al interés del concurso, razón por la que la resolución impugnada podría haber sido adoptada incluso de oficio por el órgano jurisdiccional.** Ello excluye que pueda existir la incongruencia denunciada.

TERCERO. 3. Como alega la recurrente, el art. 50.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004) establece que *si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal.* Por consiguiente, su literalidad autoriza a la Tesorería a dictar providencia de apremio. Cuestión distinta es que el referido Reglamento sea respetuoso con la Ley Concursal.

4. El art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) determina que los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

5. El art. 55.1 LC determina que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares... *ni seguirse apremios administrativos o tributarios* contra el patrimonio del deudor. Por consiguiente, lo que esa norma veda es el hecho mismo de que pueda iniciarse cualquier ejecución, sea judicial o administrativa, contra el patrimonio del deudor. La expresión "ni seguirse" creemos que significa en este contexto lo mismo que se dispone respecto de los procedimientos judiciales, esto es, que no podrán iniciarse siquiera.

6. Por consiguiente, creemos que se produce una **contradicción entre el contenido de la norma legal y el de la reglamentaria, porque no nos cabe duda de que la providencia de apremio constituye un acto de apertura del procedimiento de apremio administrativo. Debe primar, por tanto, lo que establece la norma legal.**

7. Constituye un parámetro de interpretación autorizado para apreciar esa contradicción lo que establece el art. 568.1 LEC respecto de la **ejecución ordinaria, que veda al tribunal despachar la ejecución cuando le conste la situación de concurso.** Por tanto, estimamos que el juzgado ha actuado correctamente al estimar que **la resolución administrativa que acordó el apremio es nula de pleno derecho.**

8. Un segundo argumento que apoya esa misma idea procede del hecho de que el art. 8, 3.º LC, que reproduce el contenido del art. 86 ter.1. 3.º LOPJ y atribuye la competencia al juez del concurso para conocer de toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado. Por consiguiente, rectamente entendida esa norma, **cuando aún no se ha iniciado la ejecución una vez declarado el concurso, carecen de competencia para iniciarla otros órganos distintos, salvedad hecha de que la propia LC reconozca el derecho de ejecución separada, y en los estrictos términos en los que lo reconozca.**

CUARTO. 9. No obstante lo anterior, esto es, a pesar de que consideremos que la actuación del órgano administrativo pueda ser nula de pleno derecho, la cuestión está en **si el juzgado mercantil está facultado para declarar la nulidad de un acto administrativo como es la providencia de apremio.** Una cosa es que pueda apreciar que es nula y que no le reconozca eficacia en el concurso, lo que no nos cabe duda que puede hacer, como también debe evitar que despliegue efectos en el concurso e incluso fuera del concurso. Otra distinta es que deba hacer un pronunciamiento anulatorio.

Si bien el artículo 8- 3.º LC, como hemos anticipado, establece que solo el juez del concurso tiene competencia para conocer de toda ejecución frente a los bienes del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, esa competencia no autoriza a poder declarar la nulidad de los actos de aquellos otros órganos que contradigan la referida norma legal, siquiera se trate de una nulidad de pleno derecho, como en el caso creemos que ocurre. La competencia para ello corresponde a los órganos que establezca, en cada caso, la norma aplicable al acto. En nuestro caso, la competencia correspondería o bien los propios órganos de la Administración o bien la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello nos debe llevar a estimar el recurso, aunque compartamos en el fondo el criterio que la resolución recurrida expresa respecto de la validez del acto.

QUINTO. 10. Conforme a lo que establece el art. 398 LEC, estimado el recurso no procede hacer imposición de las costas y procede hacer devolución del depósito que en su caso se hubiera constituido.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 27/2013, de 20 de Febrero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren.

Resumen: Respecto a la **acción directa ejercitada después del concurso** (art. 50.3 LC), la competencia objetiva para conocer de los procedimientos en que se ejercita la acción del artículo 1597 CC corresponde a los jueces de primera instancia (no a los jueces mercantiles); y, aun teniendo esa competencia por razón de la materia, los jueces de primera instancia no podrán admitir a trámite las demandas que se presenten, cuando el contratista haya sido declarado en concurso y el concurso no haya concluido.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1. El auto del Juzgado Mercantil número 9 de Barcelona describe perfectamente la problemática del caso. Los hechos relevantes, ordenados cronológicamente, son los siguientes:

1) El Juzgado Mercantil 9 de Barcelona declaró el concurso de SAT., S.L. el día 13 de enero de 2012.

2) LEA., S.L., en la demanda dirigida al Juzgado de Primera Instancia de Sabadell, presentada el 20 de enero de 2012, ejercitó contra P.C.S.S., S.L.U., la acción directa del artículo 1597 del Código civil (CC). La demanda exponía que LEA., S.L. había puesto su trabajo y materiales (equipos de agua caliente y calefacción) para la obra de ejecución de viviendas de protección oficial, de la calle Praga, 110-130, de Sabadell, promovida por la demandada. La constructora de dicha obra era, según la demanda, la sociedad anónima SAT., S.L., que habría subcontratado a INSTALACIONES INDO, S.L. y ésta, a su vez, a la demandante LEA., S.L. El impago por INDO y SAT., S.L. de las facturas correspondientes a los trabajos de LEA., S.L., por importe de 114.028,24 euros, habría motivado que la acreedora se dirigiera contra la promotora.

3) Emplazada la demandada, P.C.S.S., S.L.U., ésta formuló declinatoria ante el Juzgado de Primera Instancia 2 de Sabadell. Alegó y acreditó que SAT., S.L. había sido declarada en situación legal de concurso de acreedores en fecha 13 de enero de 2012, por el Juzgado Mercantil 9, y solicitó que el juzgado de primera instancia declinara la competencia a favor del juzgado mercantil, con remisión del expediente y emplazamiento de las partes.

4) A la declinatoria se opuso LEA., S.L., alegando que SAT., S.L. no era parte en el juicio instado.

5) El juzgado de primera instancia, por auto de 4 de junio de 2012, en el que consideró aplicable el artículo 50.3 de la LC, estimó la declinatoria y remitió las actuaciones del juicio ordinario 138/2012 al Juzgado Mercantil 9 de Barcelona.

6) El auto de 27 de septiembre de 2012 del juzgado mercantil, tras unos razonamientos sobre jurisdicción y competencia, observa que, en primer lugar, conforme a los artículos 48.2 y 48.4 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), el tribunal que aprecie su falta de competencia objetiva, no debe remitir las

actuaciones al considerado competente, sino limitarse a indicar a las partes la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto. En segundo lugar, en relación con la acción directa ejercitada, del artículo 1597 CC, el auto recapitula sobre las tesis mantenidas antes de la reforma de la LC por la Ley 38/2011, para el caso de que el contratista se halle en concurso, y analiza la solución establecida por esta ley en los actuales artículos 50 y 51 bis LC. Atendida la fecha de la demanda, posterior a la declaración de concurso de SAT., S.L., concluye que el juzgado mercantil carece de competencia objetiva y que ésta corresponde al juzgado de primera instancia.

2. Es cierto que, como observó LEA., S.L. ante el juzgado mercantil, en el juicio ordinario en que la demandante ejercita la acción directa del artículo 1597 CC no es parte la contratista, de ahí la misma denominación de la acción: el subcontratista se dirige de manera directa o inmediata contra el dueño de la obra. Sin embargo, **el hecho de que un contratista se halle en situación concursal, regida por el principio de igualdad de pérdidas (*par condicio creditorum*) había generado interpretaciones diversas –a las que se refiere el auto del juzgado mercantil- sobre la posible incidencia del concurso en la protección especial que nuestro derecho ha venido reconociendo a las personas que ponen trabajo y materiales en una obra (artículo 1597 CC).**

Sobre esta materia, la Ley 38/2011 introduce los artículos 50.2 y 51 bis.2, cuya interpretación ha suscitado también dudas –los preceptos ni siquiera dicen expresamente que tratan del concurso del contratista-, sin que la exposición de motivos contenga referencia alguna al particular. Como argumenta el auto del juzgado mercantil, **la LC distingue entre la acción directa del artículo 1597 CC ejercitada antes de la declaración de concurso del contratista (artículo 51bis.2 LC) y la ejercitada después del concurso (artículo 50.3 LC).** Este último es el caso que nos ocupa.

El artículo 50.3 de la LC establece: “Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1597 del Código civil. De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo”. El inciso al que remite dice: “De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.”

En la materia que ahora nos ocupa, cuál sea el juzgado competente para la reclamación, no ha faltado la interpretación conforme a la cual la prohibición que el artículo 50.3 LC dirige a los jueces de primera instancia debe entenderse como atribución de la competencia a los jueces de lo mercantil. En nuestro criterio, sin embargo, no es esto lo que dice el artículo 50.3 ni lo que resulta de su interpretación sistemática (básicamente, en relación con el artículo 50.2, que impide a los jueces de *lo mercantil* admitir demandas de acciones contra los administradores de sociedades concursadas por incumplimiento de sus deberes ante la causa de disolución y en relación con el artículo 51.bis.2, que ordena dejar en suspenso los procedimientos de acciones del artículo 1597 CC iniciados antes de la declaración de concurso).

Consideramos que **del artículo 50.3 resulta: 1) que la competencia objetiva para conocer de los procedimientos en que se ejercita la acción del artículo 1597 CC corresponde a los jueces de primera instancia (no a los jueces mercantiles) y 2) que, aun teniendo esa competencia por razón de la materia, los jueces de primera instancia no podrán admitir a trámite las demandas que se presenten –se presentarán ante ellos, por ser los competentes objetivamente-, cuando el contratista haya sido declarado en concurso y el concurso no haya concluido.**

3. Por tanto, compartimos la decisión y la argumentación del auto de la Sra. magistrada del juzgado mercantil. Atendido que la demanda de LEA., S.L. se presentó después de declarado el concurso de la contratista SAT., S.L., conforme al artículo 50.3 LC, el juzgado de primera instancia de Sabadell no debió admitirla a trámite. Admitida la demanda y remitidos después los autos al juzgado mercantil, por acogerse la declinatoria, procede ahora que el juzgado mercantil vuelva a remitir las actuaciones al juzgado de primera instancia, que deberá archivarlas, ya que las actuaciones practicadas carecen de validez.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social:

Sentencia nº 3.973, de 4 de Junio de 2013.

Ponente: Francisco Bosch Salas

Resumen: En virtud del artículo 8.2 LC, corresponde al **juez del Concurso**, de forma exclusiva y excluyente, la **determinación de la indemnización legal por extinción colectiva** de los contratos realizados en un ERE en el interior del concurso.

Corresponde a la **jurisdicción social**, por no estar comprendidos en el artículo 8 LC, la reclamación de cantidades correspondientes a la liquidación final por salarios devengados y no cobrados, así como por las partes proporcionales de las pagas extraordinarias y otros conceptos salariales, o extra salariales que no pertenezcan a la indemnización por despido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Recurren los trabajadores contra la sentencia que en materia de cantidad ha desestimado su demanda de abono de finiquito e indemnización por despido en base a una completa falta de prueba de las alegaciones de la demanda. La sentencia de instancia ha desestimado la demanda en base a que la parte actora no ha intentado acreditar la situación concursal de la empresa, la existencia del despido objetivo del que dicen haber sido objeto en 1/9/2010, que requiere la existencia de una carta con los requisitos legales, de manera que “no corresponde a este Juzgador suponer o conjeturar la realidad o no de dichas manifestaciones si soporte probatorio alguno”. Añade que “tampoco se ha acreditado la existencia de notificación a los actores de la extinción, si ésta es despido colectivo o si, en fin, han reclamado importe alguno al Fogasa”. Y ha de reconocerse además que esta falta de prueba se corresponde con una correlativa falta de alegación, cuando aunque se pide el finiquito y la indemnización por despido, la demanda no siquiera indica que este despido se haya producido, ni en qué forma y fecha haya ocurrido.

SEGUNDO Previamente ha de recordarse que en el presente caso los demandantes alegan que fueron despedidos en un ERE del Juzgado Mercantil; pues bien en el mismo auto tiene que fijarse la indemnización legal correspondiente a la extinción de los contratos, o de lo contrario solicitar su ejecución para que se fije la misma. Es ésta una cuestión que corresponde a los juzgados de lo Mercantil que tienen jurisdicción exclusiva y excluyente sobre materias tales como la extinción colectiva de contratos de trabajo, conforme al art. 8.2 de la ley Concursal. Por ello no procede acudir ahora a los Juzgados del orden Social y a la Sala a fin de que se fijen unas indemnizaciones que son materia propia del auto extintivo, dictado en su competencia excluyente.

TERCERO En cuanto a la liquidación final de partes proporcionales, no puede entenderse que sea de competencia exclusiva y excluyente del Juez del Concurso conforme al art. 3 h) de la ley reguladora de la Jurisdicción Social, a efectos de excluir la materia de la competencia de la jurisdicción social, pues este tipo de materias están fijadas en el art. 8 de la ley Concursal, que se refiere sustancialmente a las materias colectivas de modificación de condiciones de trabajo, o la suspensión y extinción de los mismos. Por ello tal tema corresponde a la Jurisdicción Social.

Ahora en el recurso, la recurrente denuncia al amparo del art. 193 c) LRJS la jurisprudencia constitucional sobre la conexidad y dependencia entre procesos, según las que si se desconociera el efecto de cosa juzgada se privaría de eficacia a la resolución que se dictó con firmeza en un anterior proceso, que en el presente caso es otra demanda de cantidad –único documento aportado por los trabajadores– sobre atrasos del Convenio y diferencias de pagas extras del 2009.

Ha de reconocerse que muy difícilmente puede entenderse que aquella sentencia por diferencias salariales implique el efecto de cosa juzgada negativa o positiva sobre el presente pleito, ya que por una

parte no existe la identidad de petición y causa de pedir, y por otra no existe una decisión previa sobre el tema ahora discutido en otro proceso, que condicione el mismo. El efecto positivo de la cosa juzgada es en definitiva la relación de "estricta dependencia" a que se refiere la jurisprudencia constitucional (SSTC 17/1/1991 y otras), en la medida en que conforme a la STS 30/9/2004 "el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la identidad objetiva que es propia del efecto negativo y que, de darse, excluiría el segundo proceso (art. 222.1 LEC). Como señalaban nuestras sentencias de 29-5-95 (Rec. 2820/94), 23-10-95 (Rec. 627/95) y 17-12-98 (Rec. 4877/97) para que opere es suficiente con que lo decidido en el primer proceso «actúe en el segundo como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluye el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado»; o, en términos del número 4 del art. 222, que aparezca en el segundo «como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos, o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal». La función positiva o prejudicial de la cosa juzgada, no impide, pues, que se dicte sentencia en el segundo juicio; pero «vincula al tribunal del proceso posterior» (arts. 222.1 y 421.1 LECiv) y, por tanto, le obliga a seguir y aplicar los mandatos y criterios establecidos por la sentencia firme anterior (ss. de 23-10-95, Rec. 627/95; y de 14-10-99, Rec. 4853/98). O, enunciado en sentido negativo, prohíbe que pueda decidirse en un segundo proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto en sentencia firme en otro proceso precedente".

Es evidente en el presente caso que la decisión por unas diferencias salariales en el 2009 no condiciona en el sentido referido, ni implica una relación de estricta dependencia entre ambos supuestos, de manera que desde la primera sentencia haya que concluir por ello mismo, y sin ninguna alegación ni intento de prueba, que hay extinción de la relación con abono de indemnización y finiquito, en el que por otra parte tampoco se intenta en modo alguno acreditar los parámetros de antigüedad y salario aplicables para la indemnización solicitada.

CUARTO El recurso reprocha a la sentencia que haya inaplicado la confesión presunta, que reconoce que es facultad del juez, pero que entiende que debía de haberse aplicado al presente caso, en que consta la voluntad de impago.

Ha de reconocerse que la decisión impugnada se funda en una realidad cierta, y que consiste en la completa falta de alegación e intento de prueba de los hechos fundantes de la pretensión; pues se solicita una indemnización por despido, que se cuantifica en su resultado final, y no se alega ni siquiera qué despido y de qué modo se ha producido, y con posterioridad no se intenta acreditar ni la existencia del despido ni ninguna de las circunstancias profesionales alegadas, a efectos de comprobar la fundamentación de la indemnización solicitada. Ahora con el recurso la parte aporta una llamada certificación de quien dice ser administración concursal, según la que los demandantes fueron incluidos en un ERE acordado el 31/8/2010 ante un Juzgado de lo Mercantil, documentos que ciertamente conforme al art. 233 LRJS no son nuevos por no haber podido aportarse al acto de juicio, pues la resolución, según lo alegado, existía con mucha antelación a aquél. La incomparecencia del demandado no ha de implicar una peor situación del demandante en orden a su capacidad e incluso facilidad probatoria, pero tampoco ha de implicar una mejor situación del mismo, de modo que por esta incomparecencia quede relevado de la alegación y prueba de los concretos hechos en base a los que realiza su pretensión. Y en el presente caso los recurrentes no quedaron en modo alguno afectados por la incomparecencia del demandado al acto de juicio, de modo que ello disminuyera su capacidad de acreditación de los hechos, y al contrario al parecer entendieron que por una incomparecencia que creyeron previsible quedaban por ello relevados de actuar con la mínima diligencia necesaria en cualquier supuesto. No puede admitirse pues que el Juzgado actuara en contra de la ley al no ejercitar la facultad que la norma le confiere de tener por confesa a la demandada.

Finalmente realizan los recurrentes diversas alegaciones sobre que la decisión es contraria al principio de justicia material ya que en el contexto social existente es notorio el cierre de empresas. Las decisiones judiciales han de adoptarse conforme a criterios generalmente aplicables, sin que sea posible resolver individualmente de forma distinta, salvo casos justificados de equidad, cuando el caso concreto no pueda entenderse subsumido bajo la generalidad de la ley. De modo que no es posible en el presente caso entender acreditados hechos no intentados acreditar en el acto del juicio mediante documentos que no

ostentan el carácter de nuevos por haberse podido obtener y aportar. Por lo que el motivo ha de ser desestimado y con él el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

Todo ello sin perjuicio de que los trabajadores puedan solicitar su inclusión en los relación de créditos correspondientes, ya que al parecer tienen la conformidad del Administrador Concursal, que ahora de forma extemporánea reconoce que son debidos, con en su caso las actuaciones correspondientes en el seno del Concurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 118/2012, de 15 de Octubre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: Ante una demanda de **ejecución de una sentencia firme** recaída en un procedimiento ordinario iniciado antes de la declaración de concurso, sólo cabe denegar la ejecución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley Concursal, deniega el despacho de ejecución de la sentencia de 26 de Mayo de 2010 dictada en segunda instancia por esta Sala en el procedimiento ordinario 275/2007 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil 5. La resolución denegatoria, en definitiva, viene motivada en la declaración en concurso de la entidad contra la que se dirige la demanda de ejecución –M.G., S.A.-.

La apelante considera que se ha infringido el artículo 51 de la Ley Concursal, al haberse iniciado el proceso declarativo con anterioridad a la declaración de concurso. También alude al carácter contingente del crédito y a que, a su entender, éste debe ser reconocido finalmente como crédito contra la masa.

SEGUNDO.- El artículo 55 de la Ley concursal dispone que “declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”. La razón de ser de la norma se encuentra en la “vis atractiva” del concurso y en la necesidad de dar un trato paritario al conjunto de acreedores, lo que es incompatible con la proliferación de ejecuciones singulares al margen del concurso. La resolución recurrida, por tanto, es ajustada a Derecho, dado que, constatado que la sociedad contra la que se dirige la ejecución ha sido declarada en concurso, extremo que no se discute, ésta no puede ser admitida a trámite.

La recurrente sustenta su recurso en el artículo 51 de la Ley Concursal, precepto que **no es aplicable al presente caso. De un lado, por cuanto regula los efectos de la declaración de concurso sobre los juicios declarativos pendientes, no sobre los procesos de ejecución. Y, de otro, por cuanto la norma sólo permite la continuación de los procedimientos pendientes al tiempo de declararse el concurso “hasta la firmeza de la sentencia”.** Firme la sentencia entra en juego el artículo 55 de la Ley, que prohíbe iniciar ejecuciones singulares y ordena la suspensión de las que se encuentran en trámite.

TERCERO.- En el hecho tercero del recurso la apelante alega que su crédito fue reconocido en el informe de la administración concursal como contingente, sin aclarar en qué afecta ello a lo que aquí se discute. El carácter contingente del crédito, por litigioso, acredita su naturaleza concursal (artículo 87.3º de la Ley Concursal) La contingencia desaparece con el reconocimiento del crédito en sentencia, sin que por ello pierda su condición de crédito concursal. En cualquier caso, **si la apelante entiende que es posible que un crédito concursal contingente se “transforme” en crédito contra la masa, como sostiene en el recurso, deberá hacer valer su pretensión ante el juez del concurso (artículo 84.4º de la Ley Concursal).** Todo ello, de igual forma, es irrelevante, a estos efectos. En definitiva, **ante una demanda de ejecución de una sentencia firme recaída en un procedimiento ordinario iniciado antes de la declaración de concurso, sólo cabe**

denegar la ejecución, como así hace la resolución recurrida. Por todo ello, debe desestimarse el recurso.

CUARTO.- Que en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 405/2012, de 4 de Diciembre de 2012.

Ponente: José María Ribelles Arellano

Resumen: En relación a la **indemnización en un contrato de suministro**, sólo si se acreditara que hubo demora en la entrega u otro incumplimiento por el vendedor, el rechazo del género estaría justificado, y podría dar lugar a una indemnización.

No puede haber **demora en la entrega**, si no se conviene plazo, sino sólo un compromiso de la misma. Se debe probar haber excedido el plazo de los usos comerciales.

En cuanto a la **calidad de la mercancía**, cuando se trata de una prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de Comercio (artículos 336 y 342), y efectuar la reclamación en los primeros treinta días. Se debe acreditar que la reclamación se formuló en plazo, para su efectividad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La entidad demandante C.D., S.A. interpuso demanda incidental solicitando se declarara resuelto el contrato de suministro que le vinculaba con la concursada BIO. RIE., S.A.U. y se condenara a la demandada al pago de 88.039,13 euros. Aun cuando no se expresó directamente en la demanda, dicha cantidad resultaba de la diferencia entre las facturas emitidas por los pedidos solicitados por la concursada (535.345,92 euros) y el importe total abonado por BIO. RIE., S.A.U. tras la declaración de concurso (447.306,79 euros).

Tanto la administración concursal como la concursada se opusieron a la demanda. Ésta, por su parte, formuló reconvencción, reclamando 175.112,05 euros. Según se afirma por BIO. RIE., S.A.U. en su escrito de contestación y de demanda reconvenccional, la demandante no entregó mercancía por 102.023 euros, IVA incluido. Por otro lado, del total facturado, la demandante emitió el 3 de marzo de 2010 una factura por importe de 41.455,42 euros (documento diez de la demanda) que nunca aceptó, pues responde a trabajos de prototipos, reprints y modelaje para la campaña otoño e invierno de 2011 que no solicitó. Por último invoca defectos de calidad en prendas facturadas por 29.048,48 euros, que le ocasionaron un perjuicio adicional de 62.533,01 euros, y daños por el retraso en la entrega de mercancía por 33.179,60 euros. Todo ello alcanza la suma total de 175.112,05 euros que se reclaman en la reconvencción.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, tras constatar la voluntad conforme de las partes de tener por resuelto el contrato de suministro que les vinculaba, declara expresamente la resolución. En cuanto a la demanda, estima parcialmente la reclamación y condena a la parte demandada al pago de 46.583,71 euros, suma que se corresponde con el total facturado y no pagado, excepción hecha de la factura de 3 de marzo de 2010, por importe de 41.455,42 euros, al concluir el juez a quo que no podía tener por acreditado que el pedido hubiera sido realizado por la concursada (fundamento tercero de la sentencia).

La sentencia, por el contrario, desestima la reconvencción. De este modo, tras analizar los documentos acompañados con la contestación, descarta que las partes fijaran un plazo de entrega y, en su caso, que éste

fuera esencial. Tampoco tiene por acreditadas las bases fijadas por la concursada para fijar su pretensión indemnizatoria por retraso (33.179,60 euros). En cuanto a los defectos en la mercancía, la sentencia justifica la desestimación en el hecho de no haberse formulado la reclamación dentro de los 30 días siguientes a la entrega, tal y como dispone el artículo 342 del Código de Comercio.

TERCERO.- Contra la sentencia interpone recurso de apelación únicamente la concursada. Así, en relación a la demanda principal, que se acoge parcialmente, alega que no puede prosperar, por cuanto C.D., S.A. no llegó a entregar mercancía por importe de 102.023,39 euros, extremo que se reconoce en la demanda y que la sentencia tiene por acreditado. Por tanto, la concursada, según se afirma en el recurso, no sólo no adeuda nada a C.D., S.A., sino que existe un saldo a su favor de 50.350,96 euros. En cuanto a la reconvención, que fue desestimada íntegramente, alega que advirtió oralmente y por correo electrónico de los defectos en la mercancía. Insiste, reproduciendo los argumentos de la reconvención, en que la demandante incumplió los plazos de entrega.

Al recurso de apelación únicamente se opuso BIO. RIE., S.A.U. S.A., que solicita se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Planteados los términos del debate, por lo que se refiere a la acción principal, que la concursada considera debe rechazarse íntegramente, debe reseñarse que aun cuando la demandante aporta facturas por 535.345,92 euros, la sentencia de instancia sólo reconoce facturas por 493.790,50 euros. La factura de 3 de marzo de 2010 (documento diez de la demanda, al folio 32) responde a un pedido no formulado, según la sentencia, extremo que no ha sido impugnado. Del total facturado, sin embargo, sólo se suministró género por 391.767,11 euros. En la demanda se afirma que el género restante, valorado en 102.023,39 euros, se encuentra en su almacén, hecho que se recoge en la sentencia de instancia.

En el recurso la apelante insiste que, **dado que la cantidad abonada supera en 50.350,96 euros el importe de las prendas efectivamente suministradas, la demanda no sólo debe desestimarse, sino que existe un saldo a su favor por el referido importe, saldo que reclama en la reconvención.** Sin embargo la sentencia, en la determinación de los efectos de la resolución, parte de un hecho que declara como "no discutido" (folio 407): que el vendedor -C.D., S.A.- puso a disposición de la concursada -BIO. RIE., S.A.U.- la mercancía a través de LOG. **y que hubo una negativa injustificada por la compradora a aceptar la mercancía.** Ese rechazo del género, tras haber sido confeccionado según las indicaciones del comprador, se deduce de los documentos siete y ocho de la contestación (folios 181 y 183), en los que M.T., empleada de BIO. RIE., S.A.U., da por "cancelada" la producción por no haber sido entregada a LOG. el día 7 de marzo de 2011.

La concursada, en su recurso, afirma que el género no se entregó. No cuestiona, sin embargo, que fue ella la que rehusó la mercancía, hecho que, en línea con lo afirmado por la sentencia de instancia, debe tenerse por probado. En consecuencia, sólo si se acreditara que hubo demora en la entrega u otro incumplimiento por el vendedor, la negativa estaría justificada y, en consecuencia, podría prosperar la apelación. Y es precisamente en tales incumplimientos en los que se fundamenta la reconvención.

QUINTO.- La sentencia de instancia analiza en el hecho cuarto si hubo **demora en la entrega y los defectos de calidad aducidos por la concursada.** En cuanto al retraso, el juez *a quo*, en contra de lo sostenido por la concursada, concluye que **de los correos electrónicos acompañados con la contestación (documento cinco a ocho) no se desprende que las partes convinieran un plazo para la entrega.** Y, revisado el material probatorio, entendemos correcta la valoración de los documentos que realiza la sentencia de instancia. Ciertamente, los correos electrónicos remitidos por C.D., S.A. a la concursada el 12 de enero y el 17 de febrero de 2011 contemplan un **compromiso de entrega** (documento cinco, al folio 177, y documento seis, al folio 179). Sin embargo la demandada no acredita que esos compromisos guarden relación con la mercancía que finalmente se rehusó. Debe tenerse presente que la demandada reconoce que se entregaron prendas por un valor superior a los 390.000 euros. La declaración de la Sra. T. (minuto 1:10 y siguientes), atendida su vinculación laboral con BIO. RIE., S.A.U., no puede servir a estos efectos.

A falta de un plazo convencional de entrega, como bien señala la sentencia de instancia y siempre partiendo del hecho no controvertido que el género, en su mayor parte, se suministró, **tampoco puede aceptarse que las prendas se pusieran a disposición de BIO. RIE., S.A.U. transcurrido los plazos de antelación que determinan los usos comerciales –plazos que no se concretan en la reconversión- y mucho menos que esa demora frustrara definitivamente el negocio.**

Debe tenerse presente, por último, que declarado el concurso se suspendió el suministro y que las partes renegociaron el sistema de pago, dado que la concursada mantiene una deuda concursal con C.D., S.A. por importe superior a 230.000 euros. La sentencia da cuenta de una reunión celebrada el 16 de noviembre de 2010, en la que la concursada asumió el compromiso de formalizar una línea de crédito documentario, compromiso que no llevó a cabo. Finalmente ambas partes convinieron que BIO. RIE., S.A.U. hiciera pagos en metálico. Todo ello, indudablemente, retrasó la ejecución de los pedidos. Y tal circunstancia no puede ser imputada a la demandante.

SEXTO.- Por lo que se refiere a los **defectos de calidad de las prendas suministradas** por C.D., S.A., la concursada aporta un informe pericial elaborado por el ingeniero técnico Don Antonio Farré (documento tres de la contestación, folios 129 y siguientes), en el que se describen defectos y taras en 1577 prendas –americanas, blusas y vestidos- (folio 137). Del total facturado –391.767,11 euros-, las prendas defectuosas importaron 29.048,48 euros, esto es, aproximadamente un 7% del total (folio 143). Al margen del valor de las prendas, la demandada reconviniendo reclama 62.533,01 euros de margen comercial.

La sentencia de instancia, por tener la compraventa naturaleza mercantil, concluyó que el comprador –la concursada- no había formulado reclamación alguna en los plazos que establece el artículo 342 del Código de Comercio y, por tanto, que la demandante reconviniendo había perdido sus acciones contra el vendedor. De acuerdo con dicho precepto, **el comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, “perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor”.** El artículo 342, al igual que el artículo 336, que contempla un plazo más breve de cuatro días para la obligación de saneamiento por vicios o defectos de la cosa vendida, se aplica también al contrato de suministro (sentencia del TS de 7 de febrero de 2002, ROJ 2237/2007).

El recurrente afirma que formuló protestas verbales y mediante un correo electrónico de fecha 15 de febrero de 2011 (documento cuatro de la contestación). Sin embargo las reclamaciones orales no se prueban y aquel correo (folio 173) sólo alude a pequeños problemas, ofreciendo distintas soluciones para solventarlos. Como acertadamente señala el juez *a quo* **“del mismo no puede deducirse que los defectos afectaran a todas las prendas que han sido analizadas por el perito de la actora en su informe. Es de resaltar, además, que en el dictamen pericial se analizan americanas, blusas y vestidos de señora (ampliando además los defectos y taras no contemplados en el correo citado), mientras en el referido correo se hace referencia a camisas y vestidos”.**

Si bien la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*) a la pactada en el contrato de compraventa, determinante de pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto e insatisfacción total del acreedor, puede ser subsumida en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, cuando se trata, como es el caso, de una prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de Comercio (artículos 336 y 342). La recurrente, en este sentido, no denuncia la absoluta inhabilidad del género, sino que alega que formuló la reclamación en plazo, extremo que no se tiene por acreditado.

En consecuencia, dado que **no se prueban los incumplimientos que se atribuyen a la concursada**, debe confirmarse íntegramente la resolución recurrida.

SÉPTIMO.- Que en cuanto a las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse al apelante.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 63/2013, de 12 de Febrero de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezcurén.

Resumen: No podemos hablar de **valoración ilógica de la prueba**, cuando se satisfacen los estándares probatorios necesarios para la valoración de la prueba; el informe pericial no es contradicho con ningún otro de la parte contraria; así como las pruebas documental y pericial acreditan la realidad de los trabajos y la procedencia de los importes facturados.

No contar con **certificaciones** como medio de prueba escrito, no significa que no se hicieran las obras generadoras del crédito reconocido por la AC.

FONAMENTS DE DRET

1. La concursada, A.C.C., S.A., mitjançant aquest incident concursal, va impugnar determinats crèdits de J.JUS., S.L. inclosos en la llista de creditors elaborada per l'administració concursal (AC). No s'ha discutit en el judici que J.JUS., S.L. actuava com a subcontractista d'A.C.C., S.A. en diferents obres públiques que duia a terme la concursada i que part del crèdit derivat de les prestacions de J.JUS., S.L. (per import superior a 400.000 euros) ja ha estat reconegut sense controvèrsia. Després de les modificacions introduïdes en l'acte de la vista de l'incident, la impugnació inicial va quedar reduïda a la inclusió de tres crèdits, corresponents a tres factures proforma còpia de les quals s'adjuntava a la demanda com a document número 2:

- 1) Obra Montfullà, 82.201,13 euros (78.718,03 euros, un cop efectuada la retenció del 5% sobre la base). La concursada admet en el judici un deute per aquest concepte de només 20.805,80 euros.
- 2) Obra Llers-Figueres, 71.917,31 euros (68.869,96 euros, amb la retenció del 5%). La concursada admet un deute per aquest concepte de només 28.908,55 euros.
- 3) Obra Ter-Daró, 202.047,14 euros (193.485,82 euros, amb la retenció del 5%). La concursada no admet l'existència de cap deute per aquesta obra.

2. El jutge mercantil va desestimar la impugnació d'A.C.C., S.A.. La sentència raona, en síntesi, que la concursada s'ha limitat a qüestionar l'autenticitat de tres factures proforma aportades per J.JUS., S.L.; que la creditora ha aportat a les actuacions un informe pericial el contingut del qual no ha estat desvirtuat per cap prova d'A.C.C., S.A. i que no és eficaç a aquests efectes la declaració de l'únic testimoni aportat per la concursada, Sr. D.C., sotsdirector general d'A.C.C., S.A., per l'interès evident en el resultat del litigi. El Sr. magistrat, després d'analitzar les objeccions oposades per la concursada al dictamen pericial, conclou que s'ha de mantenir el crèdit per la quantia i amb la qualificació amb les quals figura a l'informe de l'AC.

3. El recurs d'apel·lació d'A.C.C., S.A. s'estructura sobre un motiu únic: **la valoració il·lògica de la prova**. La concursada insisteix que J.JUS., S.L. ha aprofitat la complicada situació concursal per incloure imports que no tenen res a veure amb la realitat, se separen de la facturació històrica entre les parts, i no queden acreditats amb els elements de prova aportats, ja que en molts casos es justifiquen amb documents ni tan sols signats.

Pel que fa a la prova pericial presentada per J.JUS., S.L., l'apel·lant afirma que la mateixa sentència en reconeix les mancances; que el perit no fa una tasca tècnica sinó que es limita a resumir els albarans presentats per J.JUS., S.L. i a resumir el que diu el topògraf de la creditora, sense efectuar cap comprovació ni verificació. Afegeix que si no ha contradit l'informe amb una prova pericial en contra ha estat per la manca de recursos de la concursada.

4. Per tal de revisar el judici de fet que es combat en el recurs, cal anar, en primer lloc, a les al·legacions de les parts en la primera instància del judici, que van establir els límits del debat. La demanda centrava la impugnació de les factures proforma, per una banda, en el fet que es tractava de

crèdits litigiosos. Es referia a la querella per delictes d'estafa interposada per J.JUS., S.L. contra el Sr. A.C., com a "representant" d'A.C.C., S.A.. El Sr. magistrat dona una resposta adequada a la qüestió quan descarta que ens trobem davant un crèdit litigiós, als efectes de l'article 87.3r de la Llei concursal (LC), atès que les diligències prèvies corresponents ni es dirigeixen contra la concursada ni tenen per objecte determinar l'existència i la quantia del crèdit. La qüestió ja no es reproduïx en la segona instància.

L'altra **al·legació** de la demandant era, genèricament, que **unes factures proforma emeses de manera unilateral, sense coneixement, consentiment ni aprovació pel destinatari no podien determinar l'existència del crèdit.**

A.C.C., S.A. no feia cap esment a la documentació que J.JUS., S.L. havia adjuntat a la comunicació del crèdit adreçada a l'AC, que incloïa els albarans suport de les factures. Més concretament, A.C.C., S.A. no qüestionava cap dels albarans aportats per l'altra part. És en l'acte del judici, amb ocasió d'interrogar el perit Sr. Sagrera, autor del dictamen aportat per J.JUS., S.L., quan el Sr. lletrat de la concursada introdueix en el debat el tema de la falta de firma d'alguns dels albarans aportats per la creditora. El plantejament de la qüestió en aquest moment tardà impedia l'altra part aportar cap prova sobre l'autenticitat d'uns documents aportats feia mesos i no impugnats en cap moment anterior.

Una situació paral·lela es dona en relació amb les objeccions d'A.C.C., S.A. sobre els mesuraments de les obres que constaven en les factures impugnades. En la demanda no va arribar-se a al·legar la falta de coincidència amb les mesures reals de l'obra executada.

Cal deixar constància, per tant, abans de revisar la valoració de la prova, que la concursada havia plantejat la impugnació en els termes indicats.

5. La valoració de la prova és una activitat racional que condueix a elegir la hipòtesi més probable sobre els fets entre les diverses hipòtesis al·legades o possibles. No podem exigir que el procés ens dugui a una mena de veritat absoluta, per bé que aquesta sigui l'aspiració en el pla metodològic. En el cas examinat, considerem que **se satisfan els estàndards probatoris necessaris i compartim la conclusió del jutge a quo.** Exposarem les raons.

L'informe pericial aportat per J.JUS., S.L. ha de ser valorat d'acord amb les regles de la sana crítica (article 348 de la Llei d'enjudiciament civil, LEC). El perit té la titulació d'arquitecte tècnic i experiència en obres i és professor del Departament d'Arquitectura i Enginyeria de la Construcció de la Universitat de Girona. **Ha estat triat per la creditora demandada** -sense que consti cap relació amb els litigants que el faci no idoni per a la funció- i **ha comparegut a l'acte de la vista, on ha contestat les objeccions i les preguntes d'ambdues parts.**

El dictamen, tal com resumeix la sentència impugnada, analitza els treballs efectuats per J.JUS., S.L. i els preus convinguts; detalla totes i cadascuna de les partides incloses en les factures proforma aportades per la creditora i conclou que són correctes, atès que s'han aplicat als treballs realitzats els imports pactats.

Com precisa la creditora apel·lada, **no es tracta que el jutge hagi atribuït pròpiament mancances o defectes a l'informe pericial, sinó que simplement li ha reconegut les limitacions derivades del fet,** al·legat pel propi perit i no discutit per les parts, que les obres en qüestió ja estaven acabades quan la pericial es va dur a terme i no era possible revisar materialment els treballs d'excavació i cimentació efectuats per J.JUS., S.L. per encàrrec d'A.C.C., S.A..

Ara bé, consta en el dictamen –i no s'ha desvirtuat– que el perit es va personar en les tres obres (Montfullà, Llers-Figueres i Ter-Daró) i **va inspeccionar-les, juntament amb la documentació** que li va facilitar J.JUS., S.L. i les dades que va obtenir de l'empresa de topografia que feia els mesuraments -consten com a annex del dictamen pericial. Segons especifica en l'acte de la vista, el Sr. perit va quantificar: a) la facturació dels mesuraments pressupostats d'acord amb el pressupost entre les parts; b) la facturació que superava els mesuraments pressupostats, a la qual es van aplicar els preus convinguts i c) la facturació de partides no pressupostades, per criteri d'administració, segons els albarans aportats, que tenien la indicació de conforme.

Ja s'ha exposat que **aquest informe pericial aportat per J.JUS., S.L. no ha estat contradit amb cap altre de la part contrària.** Tampoc les valoracions del perit ni la documentació en la qual s'han basat han estat desvirtuades mitjançant cap prova de part de la concursada, que no ha portat al judici les persones encarregades de les obres d'A.C.C., S.A. –ni les de J.JUS., S.L.– per tal de precisar quines de les partides impugnades no han estat realment executades o no han tingut les característiques, dimensions, etc., que consten en les factures de J.JUS., S.L., verificades pel perit sobre el terreny i amb

els documents de suport. L'eficàcia probatòria de la declaració del Sr. D.C., sotsdirector de la concursada, s'ha de valorar també, com ha fet el Sr. magistrat, d'acord amb la sana crítica (article 376 LEC), tenint en compte no només els condicionaments del càrrec pel que fa a la imparcialitat, sinó també el fet que el coneixement de molts aspectes de les obres, per part del testimoni, és només mediat, per referència.

6. En el context descrit, les **objeccions formulades per la part actora en l'acte de la vista** –no en la demanda incidental, quan ja coneixia les dades- relatives al fet que alguns albarans mancaven de firma o aquesta era il·legible, o que el volum de facturació del mes de juliol de 2010 se separa del dels mesos anteriors, les considerem, com el jutge, mancades de rellevància, davant les proves esmentades, documental i pericial, que acrediten la realitat dels treballs i la procedència dels imports facturats.

En aquest punt només afegirem, pel que fa al retret d'unilateralitat de les factures de J.JUS., S.L., que A.C.C., S.A. no va prestar la cooperació necessària per certificar les factures de les obres corresponents al mes de juliol de 2010. La creditora es refereix a sis missatges de correu electrònic infructuosos (aportats amb la comunicació de crèdits) que va adreçar a l'altra part entre el 7 de juliol i el 4 de setembre de 2010 per consensuar els certificats d'obra (abans de la declaració de concurs, el 20 de setembre de 2010). La concursada no ho ha negat a l'acte de la vista ni en el recurs.

El testimoni proposat per A.C.C., S.A., Sr. D.C., declara en l'acte de la vista que el procediment de facturació seguit habitualment consistia en que: 1) els caps d'obra d'A.C.C., S.A. certificaven cada mes allò que havien executat els subcontractistes –com J.JUS., S.L.- i 2) els subcontractistes no facturaven fins que rebien una factura proforma d'A.C.C., S.A., consensuada prèviament. No s'ha provat ni tan sols al·legat que A.C.C., S.A. remetés a l'altra part cap factura proforma relativa als crèdits que es reclamen en l'incident –si més no, per la petita part en la qual ha mostrat conformitat en aquest litigi (gravació de la vista, minuts 27.10 i 35.00). **Que A.C.C., S.A. hagi impedit les certificacions no significa que no es fessin les obres generadores del crèdit reconegut per l'AC.**

Les raons exposades determinen la desestimació del recurs d'apel·lació i la confirmació íntegra de la sentència del jutjat.

7. Atesa la desestimació del recurs, s'han d'imposar les costes de la segona instància a la part apel·lant (article 398.1 LEC, en relació amb l'article 394.1 LEC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 118/2013, de 20 de Marzo de 2013.

Ponente: Marta Rallo Ayezuren

Resumen: Ante la alegación de falta de motivación de la sentencia, el **informe del administrador** integra una propuesta de calificación que el juzgado debe acoger cuando no ha existido oposición. Por lo que ante ésta, debe dictarse sentencia sobre la base de los informes de la administración concursal (y del Ministerio fiscal).

Ante la alegación de **falta de requisitos legales** para la determinación de la **culpabilidad**, la negación genérica del hecho, sin negar los datos del informe del administrador concursal, ni aportar consideraciones que lo desvirtúen, es insuficiente para ser efectiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Sr. C.C.C., administrador de la concursada F.V., S.L., condenado por el juzgado mercantil en la Sección de calificación del concurso, en los términos que se han relacionado en los antecedentes de hecho, apela contra la sentencia condenatoria y solicita su revocación. Sus alegaciones son dos:

- 4) Falta de requisitos legales para la determinación de la culpabilidad del Sr. C.C.C.
- 5) Falta de motivación de la sentencia recurrida.

Por razones sistemáticas las examinaremos en orden inverso a aquel en que se han formulado.

2. *Alegación de falta de motivación de la sentencia*

La sentencia impugnada relaciona, en el apartado correspondiente, los antecedentes de hecho procesales que han precedido a la resolución. Esos datos no se han discutido en el recurso y son, en síntesis, los siguientes:

- 1) Por auto de 24 de enero de 2011 se declaró el concurso necesario de F.V., S.L.
- 2) Por auto de 21 de noviembre de 2011, se declaró concluida la fase común de concurso, se abrió la fase de liquidación y la sección de calificación.
- 3) En escrito de 25 de enero de 2012, la administración concursal (AC) formuló informe de calificación del concurso, con la calificación de culpable, designó la persona afectada por la calificación y solicitó los efectos correspondientes.
- 4) El Ministerio fiscal consideró el concurso culpable y se adhirió a las peticiones formuladas por la AC.
- 5) Emplazado don C.C.C., como persona afectada por la calificación, se personó en autos pero no formuló oposición a la propuesta de calificación de la AC y el Ministerio fiscal, por lo que los autos se declararon conclusos para sentencia.

En ese contexto procesal concreto se dicta la sentencia del juzgado. Por tanto, no podemos acoger la alegación de falta de motivación formulada en el recurso del Sr. C.C.C. **El artículo 171.2 de la Ley concursal (LC) establece que, si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.** Tal como expuso el Sr. magistrado en el fundamento de derecho 1 de la resolución impugnada, **ante la falta de oposición de la concursada y de la persona afectada, tuvo que dictarse sentencia únicamente sobre la base de los informes de la AC y del Ministerio fiscal, que coincidían en calificar el concurso como culpable y en solicitar la condena del Sr. C.C.C.**

Consideramos que la actuación del juez fue correcta, porque, como hemos declarado en sentencias anteriores (así, la de 19 de septiembre de 2012), **el informe del administrador no es una simple demanda, sino que integra una verdadera propuesta de calificación que el juzgado, en principio, debe acoger cuando no ha existido oposición.** En la citada sentencia decíamos que se trata de que el informe de la AC es un acto de naturaleza cuasi jurisdiccional asimilable en muchos sentidos a la lista de acreedores formulada por la propia administración concursal que acompaña al informe que se presenta en la fase común. La sentencia del juzgado ha hecho suya la justificación incorporada al informe de la AC, que ni la concursada ni su administrador ahora apelante discutieron cuando tuvieron la ocasión de hacerlo.

3. *Alegación de falta de requisitos legales para la determinación de la culpabilidad del Sr. C.C.C.*

En cualquier caso, en esta segunda instancia, el Sr. C.C.C., administrador de la concursada, introduce su alegación de que no concurren los requisitos legales para apreciar su culpabilidad. Lo hace en dos puntos del recurso que examinaremos separadamente.

1) Al tratar de la **falta de motivación de la sentencia**, sostiene que la conclusión del informe de la AC de que debió instar la declaración de concurso antes del 24 de enero de 2010 obedece a una mera suposición sin apoyo en ningún hecho científico o contable. Prueba de ello, añade, es que la propia AC llega a reconocer en su informe la dificultad para señalar la fecha exacta del estado de insolvencia, puesto que no se realizó por la concursada un incumplimiento radical y sistemático de las obligaciones de pago. Por ello, determinar que el administrador debió solicitar el concurso al recibir la notificación del fallo del recurso de apelación recaído en el procedimiento seguido a instancias de IN. INV., S.L. es, según el apelante, una interpretación subjetiva y de parte.

Conviene una primera puntualización para eliminar equívocos. La negación del recurrente de que el concurso se debiera solicitar antes del 24 de enero de 2010 podría dar a entender que ese fue el día en que el Sr. C.C.C. solicitó el concurso de F.V., S.L. **No es así.** La declaración de concurso no fue instada hasta el 16 de noviembre de 2010. **Lo hizo un acreedor, P.G., S.L.**

El escrito de calificación de la AC sitúa el estado de insolvencia de la concursada a finales del año 2009. Concretamente, a 24 de noviembre de 2009, fecha en que se considera que necesariamente tuvo conocimiento del estado de insolvencia. La AC valora las evidencias en el análisis contable de los ejercicios anteriores a la declaración de concurso, 2008, 2009 y 2010. Aprecia un **descenso drástico en los ingresos y del resultado de explotación** en el período comprendido entre los años 2008 y 2009, situación que devino insostenible en el año 2010. Examina los datos de disponibilidad de tesorería; el **incumplimiento de obligaciones de pago con administraciones públicas** (Hacienda pública, a finales de 2009, tras revocar un aplazamiento de deuda que vencía en julio de 2008, e impago del IVA del tercer trimestre de 2010); el impago a un proveedor ajeno al grupo de sociedades al que pertenece la concursada (dos facturas de mediados de 2009 y una de principios de 2010) y el **impago de obligaciones provenientes de resoluciones judiciales por incumplimiento contractual**.

En relación con este último capítulo, el informe se refiere a:

a) La sentencia de 4 de diciembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Lleida que condenó a F.V., S.L. a pagar 698.923,61 euros a IN. INV., S.L., por incumplimiento de contrato. El recurso de apelación de la concursada fue desestimado por sentencia de 17 de noviembre de 2009, notificada a las partes el 24 de noviembre. En ejecución de la sentencia fueron embargadas varias fincas de la concursada.

b) La sentencia de 1 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Terrassa, por la que se condenaba a F.V., S.L. a devolver a PAR.G., S.L., instante del concurso, una finca que había sido objeto de permuta, a pagar a esa sociedad una indemnización de 421.400 euros de principal, más intereses desde la demanda, y a pagar también como indemnización una suma mensual de 11.900 euros hasta la entrega de la finca. El 18 de marzo de 2010 fue desestimado el recurso de apelación de F.V., S.L. contra la sentencia del juzgado.

El informe tiene en cuenta que las obligaciones referidas no fueron cumplidas por la concursada, porque la falta de ingresos lo impidió. Reconoce la dificultad de fijar una fecha exacta del estado de insolvencia y de su conocimiento debido por el deudor, pero toma como fecha clave y punto de inflexión la notificación de la sentencia del primer litigio el 24 de noviembre de 2009, cuando el deudor debió ser consciente de que, con sus nulos ingresos y la imposibilidad material de realizar sus activos durante un largo período futuro, no podría hacer frente al cumplimiento de la condena ni a los créditos vencidos en esa fecha. Ello sin contar la previsibilidad del resultado del recurso de apelación y del hecho de que en julio de 2009 ya había recaído sentencia de primera instancia en el segundo litigio, también de confirmación previsible.

Atendido el análisis de la AC, detenido y documentado, **no podemos acoger la afirmación genérica del administrador recurrente de que estamos ante meras interpretaciones subjetivas. La parte apelante no niega los datos de hecho en que se apoya el informe ni aporta consideraciones que desvirtúen, en ninguna medida, las que contiene.**

4. 2) Por otro lado, el apelante, en el que formula como primer motivo de recurso, niega culpa grave o dolo del Sr. C.C.C.. Transcribe el contenido íntegro del artículo 165 LC y afirma, a continuación, sin más, que "ningún de estos supuestos se da en el presente supuesto ni así puede deducirse ni del informe presentado por la administrador concursal el 15 de marzo de 2011 ni en el propio informe de calificación del concurso de 24 de enero de 2012 del que deriva el presente incidente."

Aquí sí que apreciamos falta de motivación del recurso, que nos releva de otra argumentación que no sea la de constatar: (i) que la AC y el Ministerio fiscal alegaron que concurría el supuesto del artículo 165.1 LC, conforme al cual, 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 hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso y (ii) que, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, se daba efectivamente el supuesto.

En consecuencia, debe desestimarse el recurso y confirmarse íntegramente la sentencia del juzgado mercantil.

5. La desestimación del recurso determina que se impongan las costas de la segunda instancia al apelante (artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y 196.2 LC).

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 216/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Ante una irregularidad procesal del juez, **solicitar la práctica de nueva prueba** para defenderse de los nuevos hechos (artículo 286.3 LEC), puede ser infundada si se pide **extemporáneamente**, esto es, cuando esa posibilidad ha precluido, por consentir la resolución dictada por el juzgado.

Por otro lado, para que pueda considerarse como persona afectada en calidad de **administrador de hecho**, es preciso que previamente el informe-propuesta de calificación así lo haya pretendido, exponiendo cuáles son los indicios que permiten concluir que existe esa especial condición.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. El juzgado mercantil calificó culpable el concurso de EUR. CRE., S.L., considerando como personas afectadas por tal calificación a STE. BEH., B.V., ZO. HOL., B.V. y DOJ. HOL, B.V., a la vez que dispuso que las mismas resultaran inhabilitadas para administrar bienes ajenos y para representar o administrar bienes de cualquier persona por el plazo de dos años y condenó a las referidas administradoras a pagar a la masa hasta un máximo de la cantidad de 102.227,6 euros en concepto de responsabilidad concursal, a la vez que declaró como cómplices a BAR. INV., S.L. y STE. LIE., S.L. y las condenó a la pérdida de los derechos que como acreedoras concursales tuvieran contra la masa y a devolver a ella, respectivamente, las cantidades de 49.550 euros y 52.237,48 euros.

2. Recurre frente a ella exclusivamente STE. BEH., B.V., que se funda en los siguientes motivos:

a) Nulidad de actuaciones, ya que, después de haber manifestado inicialmente la innecesaridad del señalamiento de la vista, el juzgado admitió dos escritos extemporáneos a la AC y al Sr. B., lo que determinó que solicitara el señalamiento de la vista para no quedar indefensa, sin que accediera a esa petición el juzgado mercantil.

b) En cuanto al fondo, no se opone a la calificación sino exclusivamente a su declaración como persona afectada, alegando que no tuvo conocimiento de los hechos que han determinado tal calificación, todos los cuales son imputables al Sr. B., que ha sido quien ha urdido las salidas fraudulentas de capital hacia otras sociedades de la que era administrador, aprovechándose de su posición de persona física encargada por las administradoras para ejercer el cargo de administrador.

3. La AC se opuso al recurso alegando que el mismo es inadmisibile porque no se citan en ningún momento las normas presuntamente vulneradas por el juzgador. También se opuso en el fondo alegando que los motivos carecían de fundamento.

SEGUNDO. 4. No podemos compartir con la administración concursal que el primer motivo del recurso resulte inadmisibile, a pesar de ser cierto que la recurrente no pasa de hacer una invocación del art. 238 LOPJ para justificarlo. Pese a ello, los motivos que fundan su alegación resultan suficientemente claros y no es preciso, para que pueda existir razón suficiente para declarar la nulidad, que deba existir violación de una concreta norma procesal sino que basta que se produzca indefensión como consecuencia de la sustanciación del procedimiento. Ello no es infrecuente que pueda ocurrir en un procedimiento tan mal regulado como el incidente concursal, y particularmente cuando su objeto consiste en sustanciar la oposición a la propuesta de calificación de la AC, como consecuencia de las dudas que presenta esa sustanciación, dudas que son de tal magnitud que no resulta ni siquiera fácil poder determinar quién ostenta la condición de demandante y quién la de demandado y, por consiguiente, cuáles son los trámites

que se deben cumplir. Ante ello creemos que lo trascendente, más que la concreta violación de una norma procesal, es si se han respetado los principios esenciales del proceso, entre ellos el de contradicción efectiva.

5. La AC extracta cuál es la secuencia de los hechos a los que se refiere la petición de nulidad, supliendo con ello la falta de detalle del recurso. Es la siguiente:

- a) Por providencia de 16 de enero de 2012 se resolvió sobre el escrito de oposición presentado por DOJ. HOL, B.V., ZO. HOL., B.V. y STE. BEH., B.V. el anterior 11 de enero y a la vez se requirió a las partes para que propusieran prueba y manifestaran la necesidad o no de celebración de la vista.
- b) El 25 de enero siguiente y el de 3 de febrero la AC presentó sendos escritos en el juzgado proponiendo prueba, concretamente diversas documentales. El primero dentro del término concedido por la providencia anterior; el segundo, al amparo del art. 286 LEC, al tratarse de hechos nuevos.
- c) El 30 de enero la recurrente también presentó su escrito proponiendo prueba y solicitando que no se celebrara vista.
- d) El 22 de febrero se dictó providencia por la que se tuvo por aportados los anteriores medios y se declaró que no era necesaria la celebración de vista.
- e) La recurrente no interpuso recurso alguno frente a la decisión del juzgado de no celebrar vista, por lo que la que la misma devino firme. En fecha 19 de marzo de 2012 presentó escrito cambiando de opinión y solicitando el señalamiento de vista.

6. De ese extracto de los hechos no podemos negar que resultan **diversas irregularidades procesales, o cuando menos actuaciones de dudosa regularidad**. Son las siguientes:

a) Según podemos deducir, el juzgado consideró que el escrito de oposición no es una demanda que abre el incidente concursal de oposición sino un escrito de contestación a la demanda, que debemos suponer que es el informe-propuesta de la AC. Ello, aunque discutible, no es censurable, pues no faltan opiniones que así lo estiman. Lo que, en cambio, casa mal con la regulación legal es que el juzgado concediera un término para que las partes propusieran prueba después de haber formulado sus escritos de alegaciones, cuando el art. 194.4 LC únicamente permite la proposición de prueba en ellos.

No podemos censurar realmente que el juzgado concediera ese término de prueba, particularmente a la AC, pues al formular el informe-propuesta difícilmente podía conocer cuál iba a ser el objeto de discusión en el procedimiento. Por ello, si bien no le dio traslado para que contestara a la oposición, se situó en un término medio y al menos le concedió la oportunidad de proponer prueba.

Esa decisión no la podemos juzgar justificada desde la perspectiva de considerar que el informe-propuesta de calificación es una verdadera demanda, pero sí desde la perspectiva de considerar que la demanda, en realidad, es el escrito de oposición, de forma que era preciso que frente a ella se defendiera la AC. Por ello no consideramos que exista indefensión para la contraparte por esa decisión. A quien se habría dejado en indefensión es a la AC en el caso de no haberle concedido esa oportunidad de proponer prueba.

b) Más dudoso es que también pueda considerarse justificada la concesión de esa misma posibilidad a la parte que ya tuvo la oportunidad de proponer prueba en su escrito de oposición a la propuesta de calificación. No obstante, esa cuestión no nos interesa en este caso, pues nadie ha cuestionado la regularidad de ese acto.

c) **El art. 286 LEC permite a las partes introducir hechos nuevos o de nueva noticia y con ello permite que también puedan las partes aportar nuevo material probatorio**, a la vez que regula el procedimiento que debe seguirse para ello, esto es, **traslado a la parte contraria para que manifieste si acepta el hecho o lo niega (apartado 2) y la posibilidad de que las partes puedan proponer también prueba sobre ese hecho**. No observamos que el juzgado siguiera ese procedimiento sino que se limitó a admitir los medios de prueba aportados al amparo de esa norma y acordar que no había lugar a celebrar vista.

7. Por consiguiente, y aunque el recurso no haya hecho demasiado esfuerzo en argumentar con detalle esas irregularidades, no podemos negar que se han cometido. De todas ellas, **únicamente la tercera (letra c/) la podemos considerar relevante, esto es, susceptible de haber podido causar indefensión a la recurrente**.

No obstante, **que una actuación haya podido causar indefensión no equivale a que efectivamente la haya causado.** Para que esto último se produzca es preciso analizar en concreto en qué consistió el resultado lesivo para ponerlo en relación con la irregularidad cometida. En el supuesto que enjuicamos todo lo que sobre el particular nos ofrece el recurso es la manifestación de que **la privación de la vista impidió interrogar al Sr. B., que con sus maquinaciones pretendía (y consiguió) imputar la responsabilidad a las empresas administradoras.**

8. No podemos negar que la pretensión de la recurrente al solicitar la práctica de nueva prueba podía ser legítima, esto es, justificada por los previos actos de la AC. El art. 286.3 LEC le permitía proponer y que se practicara la prueba que pudiera considerar útil para defenderse de los nuevos hechos. No obstante, su reacción frente a la actuación del juzgado fue poco diligente por extemporánea. Consintió la resolución dictada por el juzgado no dando lugar a la celebración de la vista, de manera que cuando solicitó que se celebrara, unas semanas más tarde, ya debemos considerar que **no estaba facultada para hacerlo porque le había precluido esa posibilidad.** Por tanto, no consideramos que exista razón que permita decretar la solicitada nulidad de las actuaciones.

TERCERO. 9. El motivo de fondo no cuestiona la declaración culpable del concurso ni los hechos en los que se apoya, esto es, las salidas fraudulentas, por importe de 102.227,6 euros, mediante ingresos realizados a dos sociedades denominadas BAR. INV., S.L. y STE. LIE., S.L., sociedades de las que era administrador el Sr. J.B.R., a su vez designado por la recurrente como persona física para ejercer el cargo de administrador de la concursada en su propia representación.

10. Tampoco este motivo del recurso puede prosperar. Aunque no podamos descartar que existan algunos indicios que permitan poder considerar al Sr. B. como administrador de hecho, la resolución recurrida ni siquiera entró en esa cuestión porque consideró que no se había pretendido tal cosa en el informe de la AC, lo que significaba tanto como dejar fuera del objeto de la controversia esa cuestión. El recurso tampoco ofrece nuevos argumentos que nos permitan apreciar que la decisión del juzgado mercantil fuera injustificada y se limita a insistir en que fue el Sr. B. quien lo urdió todo aprovechándose de su posición de representante de las administradoras solidarias dentro de la concursada y de su carácter de administrador en las sociedades a las que se transfirieron los fondos cuya salida fraudulenta ha determinado la calificación culpable.

Tal y como considera la resolución recurrida, **para que pueda considerarse como persona afectada en calidad de administrador de hecho es preciso que previamente el informe-propuesta de calificación así lo haya pretendido, exponiendo cuáles son los indicios que permiten concluir que existe esa especial condición.** Únicamente así puede existir una adecuada defensa por el señalado como posible administrador de hecho. Lo único que el proceso nos permite constatar es que la AC no pretendió esa calificación respecto al Sr. B., lo que cierra la puerta a que pueda ser considerado como tal.

11. En suma, y como afirma la AC, son las administradoras de derecho quienes deben responder por los actos de su representante, y todo ello sin perjuicio de que puedan dirigirse contra el mismo para exigirle la responsabilidad que estimen oportuna.

CUARTO. 12. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, a pesar de que el recurso se haya desestimado, en atención a las dudas de derecho que el primero de los motivos suscita, y que han sido suficientemente ilustradas en el fundamento jurídico segundo.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Auto nº 73/2013, de 22 de Mayo de 2013.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: La empresa concursada no tiene **legitimación** o gravamen para recurrir una resolución que acuerda un **embargo preventivo** que no le afecta personalmente, sino que afecta

exclusivamente a su administrador.

La condición de **administrador** de hecho implica autonomía de decisión; no son facultades decisorias poseer sólo las competencias en el ámbito contable.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Administración concursal (AC) de D.F., S.L.U. solicitó, al amparo del art. 48.3 LC, el embargo preventivo de los bienes del administrador de la concursada Sr. C.Z. por importe de 2.911.697,62 euros, importe del descubierto o déficit apreciado en sus cuentas de forma provisional, al estimar que concurren los presupuestos que justifican la adopción de esa medida, ya que resulta muy probable la calificación culpable del concurso por haberse constatado la inexistencia de contabilidad y por la existencia de otras irregularidades, tales como facturación en "B", esto es, sin aplicar IVA, así como por la existencia de deudas con entidades públicas por valor muy superior al declarado al solicitar el concurso. También adujo que era previsible que el concurso acabara en liquidación y que el administrador es de nacionalidad argentina y tiene residencia en Francia, por lo que carece de arraigo conocido en España.

2. El juzgado mercantil acordó la medida en los propios términos solicitada, al advertir que concurrían los presupuestos para su adopción (*fumus y periculum*), por cuanto existían indicios suficientes para poder prever que el concurso se pudiera declarar culpable y que la sociedad acabara en liquidación, a la vez que estimó que también resultaba determinante el hecho de que el administrador no tuviera su domicilio en España y su nacionalidad fuera extranjera.

3. Frente a la resolución del juzgado mercantil recurre únicamente la concursada (no lo hace el administrador social Sr. C.Z.), que se funda en los siguientes motivos:

- a) El Sr. C.Z. no ha tenido intervención personal alguna en los hechos que sustentan la posible declaración culpable del concurso. Ha sido la administradora de hecho, esto es, la Sra. D.G. quien se ha ocupado de la contabilidad y a quien son imputables todas las irregularidades detectadas por la AC.
- b) Ha sido la Sra. G. quien se ha ocupado de la administración de la compañía como administradora de hecho.
- c) Ha sido la Sra. G. quien ha destruido la contabilidad de la compañía, para destruir las pruebas de las irregularidades cometidas.
- d) Subsidiariamente, expuso que debía acordarse una moderación de la responsabilidad del administrador de derecho por la concurrencia de culpas con el administrador de hecho.

SEGUNDO. 4. De forma previa, antes de entrar a examinar los concretos motivos que plantea el recurso, es preciso determinar **si la recurrente tiene legitimación o gravamen para recurrir una resolución que no le afecta personalmente sino que afecta exclusivamente a su administrador. Y la respuesta debe ser negativa; no podemos confundir la personalidad y el círculo de intereses de la sociedad concursada con los de su administrador, que son distintos.** Ello es razón suficiente para justificar la desestimación del recurso. Sólo el Sr. Z. tenía gravamen frente a la resolución y, por consiguiente, sólo él podía recurrir frente a ella.

TERCERO. 5. No obstante lo anterior, y para mayor abundamiento, entraremos en el fondo. El recurso no cuestiona los presupuestos que han servido como justificación a la resolución recurrida para adoptar la medida cautelar sino que se limita a señalar que las irregularidades constatadas no le pueden ser imputadas al administrador de derecho sino que lo han de ser a un tercero, una empleada de la sociedad a la que se atribuye la condición de administradora de hecho, la Sra. G.

6. Tales alegaciones, que por primera vez se ofrecen en el recurso, no pueden ser tomadas en consideración porque constituyen una cuestión nueva que la parte no alegó durante la primera

instancia, cuando tuvo la ocasión de hacerlo. El art. 456.1 LEC impide tomar en consideración las alegaciones que no hubieran sido debidamente introducidas durante la primera instancia.

7. También para más abundamiento, aunque pudiéramos entrar en las cuestiones que se alegan, no compartiríamos el punto de vista de la recurrente. **La condición de administrador de hecho implica autonomía de decisión y el recurso no atribuye a la Sra. G. facultades decisorias sino que únicamente le atribuye competencias en el ámbito contable**, competencias que, por sí mismas, aunque fuera cierto que podría haber ejercitado con autonomía, no justifican que pueda ser considerada administradora de hecho.

Por consiguiente, por todas esas razones el recurso debe ser desestimado.

CUARTO. 8. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª.

Sentencia nº 254/2013, de **12 de Junio de 2013**.

Ponente: Juan F. Garnica Martín

Resumen: Al albur del artículo 96.1 LC, no deben acogerse al plazo de diez días a contar desde la notificación para **impugnar el inventario y la lista de acreedores**, las alegaciones de las partes que no se personaron en el concurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. 1. CAB., S.A.U. impugnó la lista de acreedores formulada por la Administración concursal (AC) al considerar que su crédito de 2.889.405 euros, que aparece incluido en la lista como crédito concursal ordinario, debía ser excluido de la lista de créditos concursales para ser incluido en la de créditos contra la masa, ya que se devengó después de declarado el concurso.

2. La resolución recurrida consideró que la impugnación de la lista era extemporánea porque a la impugnante le fue comunicada la lista el 2 de diciembre de 2010, de manera que el plazo de impugnación finalizó para ella el 11 de diciembre siguiente, no pudiendo acogerse, como hizo, al plazo adicional abierto por la comunicación extraordinaria practicada al amparo de lo previsto en el art. 95.3 LC. También consideró, para mayor abundamiento, que el crédito no podía ser considerado como crédito contra la masa, al no ser de aplicación el art. 61.2 LC sino el art. 61.1 LC, ya que el contrato del que dimanaba no era un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por las partes. En cuanto a las costas consideró que la cuestión presentaba dudas de derecho, derivadas de la existencia de la publicidad complementaria.

3. El recurso de la concursada cuestiona exclusivamente el pronunciamiento sobre costas. Estima la recurrente que no está suficientemente motivada la aplicación del criterio de la existencia de dudas de derecho porque resulta claro, de una parte, la inadmisibilidad de la demanda, por haber sido planteada de forma extemporánea, y de otra parte, su falta de fundamento.

SEGUNDO. 4. Compartimos con la resolución recurrida que la cuestión relativa a si la demanda de impugnación es extemporánea presenta dudas de derecho. Esas dudas las genera el propio legislador con una redacción muy poco clara del art. 96.1 LC:

<<Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior>>.

Si CAB., S.A.U. no se encontraba personada en las actuaciones concursales en el momento de la notificación practicada por la AC al amparo del art. 95.2 LC el 2 de diciembre de 2010, pues no fue hasta el 30 de diciembre siguiente cuando compareció en las actuaciones, no es irrazonable que pudiera interpretar que le resultaba de aplicación la segunda parte de esa norma que le facultaba para poder impugnar dentro del plazo extraordinario.

5. Por otra parte, no resulta irrazonable la apreciación de las dudas cuando la argumentación judicial sobre la inadmisibilidad de la demanda resulta clara, como en el caso ocurre, pues lo relevante no son solo las dudas que pueda haber tenido el juez, que no parecen haber sido significativas, sino que también son relevantes las que podría haber albergado la parte al formular su demanda, siempre que se trate de dudas de carácter objetivo, esto es, justificadas por un dato ajeno al círculo de conocimiento de la propia parte. En el caso apreciamos que esas dudas tienen ese carácter objetivo porque la norma legal las suscita, como ha apreciado la resolución recurrida.

6. La argumentación que sobre el particular ofrece la resolución recurrida, aunque sea escueta, justifica suficientemente las razones de la decisión. Por ello, tampoco podemos compartir con la recurrente que el pronunciamiento aparezca inmotivado.

TERCERO. 7. No podemos considerar que en la conducta de la impugnante concurra la temeridad o mala fe que le imputa la concursada. El hecho de que hubiera insinuado correctamente el crédito y de que haya reconocido que le fue comunicada durante el mes de diciembre de 2010 su inclusión en la lista como crédito ordinario, hecho que no ha ocultado, no justifica que su actuación sea de mala fe por haber procedido a impugnar la lista el siguiente 17 de marzo de 2011, aprovechando la ventana extraordinaria de impugnación abierta por la publicidad complementaria. Podrá haber errado la impugnante al interpretar el art. 96.1 LC, pero ello no convierte su actuación en maliciosa, como pretende la recurrente.

CUARTO. 8. Conforme a lo que se establece en el art. 398.1 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, salvo que se aprecie la concurrencia de dudas de hecho o de derecho que justifiquen el apartamiento del criterio objetivo del vencimiento, tal y como resulta de la remisión que la norma legal efectúa al art. 394 LEC. En el supuesto enjuiciado, igual que ha hecho el juzgado mercantil en la primera instancia, apreciamos que cuestión enjuiciada plantea dudas de derecho que justifican el apartamiento del criterio objetivo del vencimiento. Las razones que fundan nuestra apreciación son de dos tipos: las primeras están relacionadas con la cuestión que el recurso controvierte y están suficientemente justificadas en los fundamentos anteriores; las segundas tienen que ver con la cuestión de fondo que la demanda planteó. Aunque el recurso no haya entrado en esa cuestión de forma explícita, razón por la que tampoco nosotros hemos entrado en ella, por aquí sí creemos que podría haber sido puesta de manifiesto con mayores probabilidades de éxito la debilidad de la argumentación judicial sobre las costas de la primera instancia.

Índice de resoluciones por orden temporal

[Sentencia nº 264/2012, de 18 de julio de 2012.](#)
[Sentencia nº 278/2012, de 25 de Julio de 2012.](#)
[Sentencia nº 280/2012, de 25 de Julio de 2012.](#)
[Sentencia nº 284/2012, de 26 de Julio de 2012.](#)
[Sentencia nº 285/2012, de 26 de Julio de 2012.](#)
[Sentencia nº 297/2012, de 19 de Septiembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 299/2012, de 20 de Septiembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 300/2012, de 20 de Septiembre de 2012.](#)
[Auto nº 114/2012, de 26 de Septiembre de 2012.](#)
[Auto nº 115/2012, de 28 de Septiembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 316/2012, de 5 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 317/2012, de 5 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 326/2012, de 11 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 327/2012, de 11 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 331/2012, de 15 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 332/2012, de 15 de Octubre de 2012.](#)
[Auto nº 118/2012, de 15 de Octubre de 2012.](#)
[Auto nº 120/2012, de 16 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 334/2012, de 17 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 340/2012, de 17 de Octubre de 2012.](#)
[Auto nº 123/2012, de 17 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 341/2012, de 18 de Octubre de 2012.](#)
[Sentencia nº 344/2012, de 23 de Octubre de 2012.](#)
[Auto nº 126/2012, de 8 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 363/2012, de 8 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 367/2012, de 8 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 376/2012, de 16 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 378/2012, de 19 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 135/2012, de 20 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 381/2012, de 20 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 385/2012, de 21 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 137/2012, de 21 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 140/2012, de 21 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 141/2012, de 22 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 142/2012, de 26 de Noviembre de 2012.](#)
[Auto nº 145/2012, de 29 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 401/2012, de 29 de Noviembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 404/2012, de 4 de Diciembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 405/2012, de 4 de Diciembre de 2012.](#)
[Auto nº 148/2012, de 5 de Diciembre de 2012.](#)
[Auto nº 151/2012, de 12 de Diciembre de 2012.](#)

[Auto nº 152/2012, de 12 de Diciembre de 2012.](#)
[Auto nº 154/2012, de 12 de Diciembre de 2012.](#)
[Auto nº 156/2012, de 13 de Diciembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 427/2012, de 18 de Diciembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 428/2012, de 18 de Diciembre de 2012.](#)
[Sentencia nº 8/2013, de 14 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 10/2013, de 15 de Enero de 2013.](#)
[Auto nº 6/2013, de 21 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 19/2013, de 23 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 20/2013, de 23 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 26/2013, de 30 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 53/2013, de 31 de Enero de 2013.](#)
[Sentencia nº 43/2013, de 6 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 15/2013, de 6 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 17/2013, de 6 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 18/2013, de 7 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 20/2013, de 8 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 22/2013, de 12 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 63/2013, de 12 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 70/2013, de 18 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 77/2013, de 20 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 27/2013, de 20 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 84/2013, de 26 de Febrero de 2013.](#)
[Auto nº 29/2013, de 27 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 85/2013, de 27 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 91/2013, de 27 de Febrero de 2013.](#)
[Sentencia nº 92/2013, de 4 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 99/2013, de 6 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 101/2013, de 6 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 103/2013, de 6 de Marzo de 2013.](#)
[Auto nº 36/2013, de 11 de Marzo de 2013.](#)
[Auto nº 38/2013, de 13 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 107/2013, de 13 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 113/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 116/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 117/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 118/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 119/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Auto nº 40/2013, de 20 de Marzo de 2013.](#)
[Auto nº 46/2013, de 21 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 123/2013, de 21 de Marzo de 2013.](#)
[Sentencia nº 142/2013, de 8 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 143/2013, de 9 de Abril de 2013.](#)

[Sentencia nº 144/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 146/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 148/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 149/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 151/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Auto nº 49/2013, de 10 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 154/2013, de 15 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 155/2013, de 15 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 156/2013, de 15 de Abril de 2013.](#)
[Auto nº 54/2013, de 15 de Abril de 2013.](#)
[Auto nº 55/2013, de 16 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 160/2013, de 23 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 162/2013, de 23 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 163/2013, de 23 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 164/2013, de 23 de Abril de 2013.](#)
[Auto nº 58/2013, de 23 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 171/2013, de 29 de Abril de 2013.](#)
[Sentencia nº 176/2013, de 2 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 177/2013, de 2 de Mayo de 2013.](#)
[Auto de 10 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 197/2013, de 13 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 199/2013, de 14 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 202/2013, de 15 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 204/13, de 15 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 205/2013, de 15 de Mayo de 2013.](#)
[Auto nº 66/2013, de 15 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 208/2013, de 21 de Mayo de 2013.](#)
[Auto nº 73/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Auto nº 75/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 212/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 216/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 217/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 218/2013, de 22 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 221/2013, de 27 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 222/2013, de 27 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 223/2013, de 28 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 225/2013, de 28 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 226/2013, de 28 de Mayo de 2013.](#)
[Auto nº 77/2013, de 28 de Mayo de 2013.](#)
[Sentencia nº 230/2013, de 3 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 234/2013, de 4 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 3.973, de 4 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 241/2013, de 10 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 244/2013, de 10 de Junio de 2013.](#)
[Auto nº 82/2013, de 10 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 246/2013, de 11 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 247/2013, de 11 de Junio de 2013.](#)
[Auto nº 83/2013, de 11 de Junio de 2013.](#)
[Auto nº 89/2013, de 12 de Junio de 2013.](#)

[Sentencia nº 250/2013, de 12 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 254/2013, de 12 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 259/2013, de 19 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 267/2013, de 26 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 271/2013, de 26 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 272/2013, de 26 de Junio de 2013.](#)
[Auto nº 96/2013, de 26 de Junio de 2013.](#)
[Sentencia nº 275/2013, de 3 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 280/2013, de 3 de Julio de 2013.](#)
[Auto nº 97/2013, de 10 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 292/2013, de 11 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 301/2013, de 17 de Julio de 2013.](#)
[Auto nº 100/2013, de 17 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 313/2013, de 24 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 315/2013, de 24 de Julio de 2013.](#)
[Sentencia nº 317/2013, de 24 de Julio de 2013.](#)
[Auto nº 104/2013, de 5 de Septiembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 323/2013, de 6 de Septiembre de 2013.](#)
[Auto nº 115/2013, de 25 de Septiembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 347/2013, de 8 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 350/2013, de 8 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 355/2013, de 9 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 356/2013, de 9 de Octubre de 2013.](#)
[Auto nº 122 / 2013, de 16 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 359/2013, de 16 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 360/2013, de 16 de Octubre de 2013.](#)
[Auto nº 125/2013, de 21 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 369/2013, de 22 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 391/2013, de 30 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 393/2013, de 30 de Octubre de 2013.](#)
[Auto nº 131 / 2013, de 30 de Octubre de 2013.](#)
[Auto nº 133/2013, de 30 de Octubre de 2013.](#)
[Sentencia nº 397 / 2013, de 4 de Noviembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 405/2013, de 7 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto de 11 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto nº 136/2013, de 13 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto nº 138/2013, de 13 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto nº 143/2013, de 20 de Noviembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 413/2013, de 18 de Noviembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 414/2013, de 20 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto nº 145/2013, de 27 de Noviembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 429/2013, de 27 de Noviembre de 2013.](#)
[Auto nº 147/2013, de 2 de Diciembre de 2013.](#)
[Auto nº 154/2013, de 10 de Diciembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 449/2013, de 11 de Diciembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 451/2013, de 11 de Diciembre de 2013.](#)
[Auto nº 61/2013, de 18 de Diciembre de 2013.](#)
[Sentencia nº 17/2014, de 23 de Enero de 2014.](#)

