



Roj: **SAP B 8359/2018 - ECLI: ES:APB:2018:8359**

Id Cendoj: **08019370152018100566**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **21/09/2018**

Nº de Recurso: **267/2018**

Nº de Resolución: **598/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MANUEL DIAZ MUYOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120160009751

Recurso de apelación 267/2018 -3

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona

Procedimiento de origen: Incidente concursal oposición calificación (Art 171) 884/2016

Parte recurrente/Solicitante: MINISTERIO FISCAL, TOT BLAT, S.L., Alejo , FÉNIX BAKER, S.L., EUROBREAD, S.L.

Procurador/a: Jose M^a Verneda Casasayas, Jose M^a Verneda Casasayas, Jose M^a Verneda Casasayas, Jose M^a Verneda Casasayas

Abogado/a:

Parte recurrida: Adela , EUROFOUGASSE, S.L., IBERICOMEX, S.L.

Procurador/a: Jose M^a Verneda Casasayas, Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

SENTENCIA núm. 598/2018

Ilmos. Sres. Magistrados

JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARIA FERNÁNDEZ SEIJO

Manuel Diaz Muyor

En Barcelona a veintiuno de septiembre de dos mil dieciocho.

Parte apelante : TOT BLAT, S.L/ Alejo /EUROBREAD, S.L./FENIX BAKER, S.L.

- **Letrado**: Maite Domínguez Pons

- **Procurador**: Josep María Verneda Casasayas

Parte Apelada: Administración Concursal



Ministerio Fiscal

Resolución recurrida: Sentencia

Fecha : 2 de noviembre de 2017

-Demandante: Administración concursal y Ministerio Fiscal

-Demandada: TOT BLAT, S.L./ Alejo /EUROBREAD, S.L./FENIX BAKER, S.L./EUROFUGASSE, S.L./ Adela

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" *QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO:*

1º Calificar como CULPABLE el concurso de TOT BLAT, S.L. por la concurrencia de las causas de culpabilidad previstas en los arts. 164.1 , 164.2.5 º, y 165.1.1º LC , en relación con los arts. 172.1 y 172.3 LC .

2º Determinar como personas afectadas por la calificación, a EUROBREAD, S.L. y D. Alejo en calidad de autores y a FENIX BAKER, S.L. en calidad de cómplice para la comisión de la conducta relacionada con el art. 164.2.5º LC .

3º Inhabilitar EUROBREAD, S.L. y D. Alejo para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de CINCO AÑOS.

4º Privar a EUROBREAD, S.L., D. Alejo y FENIX BAKER, S.L. de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa.

5º Condenar solidariamente a EUROBREAD, S.L. y D. Alejo al pago de 1.303.082'49 euros.

6º Condenar FENIX BAKER, S.L. a responder, en régimen de solidaridad, de 938.893'45 euros respecto del importe total de la condena anterior.

Sin condena en costas "

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los demandados. Dado traslado a las partes, la Administración Concursal de TOT BLAT, S.L. presentó escrito de oposición.

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 3 de mayo de 2018.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel Diaz Muyor.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

TOT BLAT, S.L. solicitó su declaración de concurso el día 16 de septiembre de 2013, que se declaró por auto del Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona de 30 de septiembre de 2013 , siendo aprobado el plan de liquidación por auto de 9 de marzo de 2015.

La concursada es una sociedad integrada en el grupo de sociedades EUROBREAD, S.L., junto a otras dos sociedades más, EUROFUGASSE, S.L. y FENIX BAKER, S.L.

EUROBREAD, S.L. es socio único de la concursada y su administradora, que designó como persona física representante a Alejo , que a su vez es también administrador único de FENIX BAKER, S.L.

La sociedad presentaba una situación de insolvencia a partir de octubre de 2012, en la que dejó de cumplir con sus obligaciones tributarias (liquidaciones trimestrales) y el pago de cotizaciones a la Seguridad Social. También en esta misma época dejó de abonar los pagos correspondientes a préstamos por importe de 100.000 euros, suscrito con BANESTO (hoy Banco Santander) y otro, también con BANCO SANTANDER, por un capital de 120.000 euros, así como los pagos debidos por un contrato de leasing con Banco de Sabadell.

El 18 de diciembre de 2012 se promovió por la concursada un ERE que afectó a 17 trabajadores, con fundamento en la delicada situación económica por la que estaba pasando la sociedad. Un segundo ERE se promovió en fecha 17 de enero de 2013 que afectó a 9 trabajadores, y donde nuevamente se hacía referencia a la falta de liquidez de la empresa.



Desde el punto de vista patrimonial y contable, la concursada había cerrado el ejercicio 2012 con un resultado positivo (337.264'53 euros) y fondos propios de 9 2. 164'06 euros, y cerró en el año 2013 con un resultado negativo de 1.90 3. 084'77 euros y unos fondos propios negativos de 1.819.920'71 euros.

En el periodo comprendido desde finales de 2012 hasta que se presentó la solicitud de concurso TOT BLAT, S.L. dejó de contabilizar los activos de su establecimiento sito en Gran Vía, 272 de Barcelona, ubicado en una finca propiedad de FENIX BAKER, S.L. y traspasó todos sus puntos de venta al público de productos de panadería a esta mercantil, asumiendo la concursada un contrato de suministro a dichos establecimientos. Las cantidades percibidas por estos traspasos y cesiones no fueron ingresadas en cuentas de TB sino en las de otras de las sociedades del grupo al que pertenecía la misma.

En el año 2010 la concursada condonó un crédito que tenía frente a la sociedad del mismo grupo EUROFUGASSE, S.L., por un importe de 617.194'05 euros.

Abierta la sección de calificación del concurso, la administración concursal presentó informe solicitando que el concurso se declarara como culpable por las siguientes causas: (i) irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la concursada (artículo 16 4. 2º-1º de la Ley Concursal), (ii) inexactitudes graves en los documentos acompañados a la solicitud de concurso (artículo 164-2º-6º); (iii) alzamiento de bienes, (iv) salida fraudulenta de bienes o derechos (v) agravamiento culpable de la insolvencia y (vi) demora en la solicitud de concurso (artículo 16 5. 1º).

La sentencia declara el concurso culpable y aprecia retraso en la solicitud de concurso, salida fraudulenta de bienes del patrimonio del concursado y agravamiento de la situación de insolvencia.

La sentencia es recurrida por la concursada y los sujetos afectados por la calificación con los motivos, que para no ser reiterativos, expondremos al analizar cada una de las conductas y los argumentos de las recurrentes.

SEGUNDO.- Sobre la demora en la solicitud de la declaración de concurso.

La sentencia de instancia considera que concurre la causa del art. 165 LC y que la sociedad TB demoró la solicitud de concurso durante un periodo aproximado de un año, en el que se agravó la situación de insolvencia, recurriendo los apelantes por entender que la presunción contenida en el art. 165 LC solo cubre el elemento subjetivo, pero no alberga una presunción de causación o agravación de la insolvencia, no habiéndose tenido en cuenta la actuación del Sr. Alejo , encaminada a mantener la actividad de la empresa y los puestos de trabajo de la misma, haciendo referencia a los ERE que se tramitaron y los avales que el propio Sr. Alejo otorgó para garantizar el pago de deudas de la concursada.

Como se ha dicho por este Tribunal, entre otras, en Sentencia de 27 de junio de 2018 (ROJ: SAP B 6534/2018 - ECLI:ES:APB:2018:6534), " *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.*

13. En cuanto a si la demora agravó o no la insolvencia, extremo que la sentencia descarta, 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. *En este sentido, entendemos que no es necesario, para que opere la presunción que establece dicho precepto, 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.*

14. La STS de 1 de abril de 2014 (ROJ: STS 1368/2014) corrobora la anterior conclusión al pronunciarse en los siguientes términos: «... esta sala ha declarado (sentencias núm. 614/2011, de 17 de noviembre, 994/2011, de 16 de enero de 2012, y 501/2012, de 16 de julio) que el artículo 165 de la Ley Concursal no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción "iuris tantum" en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia (sentencias de esta sala num. 259/2012, de 20 de abril , 255/2012, de 26 de abril , 298/2012, de 21 de mayo , 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio)».



15. 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 ellas el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravación de la insolvencia."

Por ello, la alegación que formulan los recurrentes en este punto no resulta suficiente para cambiar los términos en que se expresa la sentencia sobre este particular estando la presunción que se deduce del art. 165 LC correctamente aplicada, no siendo además los hechos a que se refiere el recurso suficientes para desvirtuar la misma, que han sido correctamente valorados por el Juzgador de instancia.

Los hechos a los que básicamente se refiere el recurso (ERE y avales personales del recurrente Sr. Alejo) sobre los que se pretende afirmar que no se produjo una agravación de la insolvencia no logran desvirtuar la mencionada presunción, siendo la valoración del Juzgador de instancia una valoración global y no solo de estos dos extremos invocados, que por sí solos tampoco conducen necesariamente a afirmar que eran los idóneos para la continuidad de la empresa pues al margen de la dudosa eficacia que pudiera tener la solicitud de varios ERE y la existencia de avales, que por sí solos no resultan indicativos suficientes de una voluntad nítida de salvar la empresa y dar continuidad a la misma, durante este periodo que media entre la aparición de la insolvencia y su solicitud de declaración ante el Juzgado se produjo una agravación propiciada por una extinción generalizada de puestos de trabajo y el traspaso de toda la red comercial de la empresa a otra sociedad vinculada con la concursada, hechos que desembocaron en una situación de inactividad, pérdidas generalizadas e imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas en su día, que se incrementaron, agravando la insolvencia ya existente.

TERCERO.- La salida fraudulenta de bienes.

Respecto de la salida fraudulenta de bienes que la sentencia estima que se produjo con la cesión de los derechos de arrendamiento y traspasos de los locales que la concursada explotaba, a la sociedad FENIX BAKER, y cuyo contravalor se aplicó al pago y amortización de un crédito cuyo pago se garantizaba con una hipoteca sobre una vivienda propiedad del Sr. Alejo y su esposa, la parte recurrente considera que no cabe calificar los hechos en la forma en que lo hace la sentencia de instancia.

Parten los apelantes del hecho de que la deuda que se pagó con las cantidades obtenidas por los traspasos de los establecimientos se encontraba vencida desde el 5 de febrero de 2013, y el pago se realizó el día 11 de febrero de 2013, pago legítimo y temporalmente oportuno, por lo que entienden que no hubo perjuicio para la concursada ni los sujetos intervinientes tuvieron consciencia de actuar de forma perjudicial para los acreedores de la concursada.

En reciente Sentencia de fecha 15 del 06 de junio de 2018 (ROJ: SAP B 5768/2018-ECLI:ES:APB:2018:5768) este Tribunal se expresa en los siguientes términos para aplicar este supuesto de culpabilidad del concurso diciendo que: " 16. - El artículo 164.2.5º de la LC establece que se presumirá en todo caso culpable el concurso cuando en los dos años anteriores a la declaración hayan salido fraudulentamente del patrimonio de la concursada bienes o derechos.

17. - En la Sentencia de esta Sección de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:2843), sintetizamos nuestro criterio sobre los requisitos y alcance de la presunción prevista en el artículo 164.2.5º LC , criterio concordado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «En sentencias de 16 de junio de 2011 , 30 de marzo de 2013 (Rollo 297/2012) y 25 de febrero de 2016 (Rollo 614/2015) hemos sostenido 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."

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la salida fraudulenta de bienes en la sentencia de 27 de marzo de 2014 (ECLI ES: TS:2014/1228) diciendo al respecto lo siguiente: "El carácter fraudulento que exige este precepto para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4º de la Ley Concursal . El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del Código Civil para la acción rescisoria por fraude.

La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un



perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo , y núm. 406/2010, de 25 de junio , y las que en ellas se citan).

Tanto el "animus nocendi", en cuanto intención o propósito, como la "scientia fraudis", en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan."»

Trasladadas las anteriores consideraciones al supuesto de autos, conviene indicar que la concursada era titular de los derechos de arrendamiento de los establecimientos en los que comercializaba sus productos, y que los subarrendó por un periodo determinado, si bien se vinculó con tales establecimientos a través de un contrato de suministro con los nuevos subarrendatarios. TB recibía las cantidades correspondientes a los traspasos, y otras cantidades en garantía para el caso de los cesionarios no cumplieran con sus contratos.

Todos estos derechos (arrendamiento, subarriendo y suministro) fueron cedidos posteriormente a FENIX BAKER, S.L., que a cambio de ello solo asumía la obligación de devolver las fianzas o garantías a los cesionarios cuando ello fuera procedente. En definitiva, la concursada recibió la cantidad de 275.000 euros por los traspasos de 7 establecimientos comerciales, cuando en su contabilidad solo el valor de la maquinaria de los citados establecimientos ya se fijaba en más de 1.213.893'45 euros.

El destino de la cantidad recibida fue el pago de 1 20. 000 euros para amortizar un crédito con Banco Mare Nostrum (antes Caixa Panedes) y de esta forma cancelar la hipoteca que afectaba a la vivienda de los Sres. Alejo y Adela , pago que se articuló a través de cuentas de entidades vinculadas a la concursada, dado que ésta ya tenía sus cuentas embargadas.

Los hechos se encuentran correctamente valorados por el Juzgador de instancia al ser evidente que estamos ante una serie de transmisiones realizadas por la concursada que tenían como objeto final saldar la deuda que era perjudicial para el sujeto persona física que formaba parte de la sociedad administradora de la concursada, es decir, una finalidad patrimonial ajena a los intereses del concurso, conclusión que se corrobora con la colaboración de una sociedad controlada por la misma persona, el Sr. Alejo , como es FENIX BAKER, S.L. así como por el uso de cuentas bancarias de otras sociedades también vinculadas, por tener la concursada sus cuentas embargadas, y de donde trasluce un evidente ánimo de perjudicar a los acreedores manifiesto y determinante para calificar el desplazamiento patrimonial descrito como fraudulento, debiendo por ello desestimar el argumento del recurrente basado en sostener el desconocimiento del perjuicio que con esta forma de operar se causa a los acreedores de la sociedad.

CUARTO.- Condonación del crédito a EUROFUGASSE. Agravación de la insolvencia.

Los recurrentes discrepan también de dos hechos que acaecen en la trayectoria económica de la concursada, y que en opinión del Sr. Magistrado de instancia fueron hechos que causaron o agravaron la insolvencia de la sociedad. Se refiere a la condonación de un crédito de 617.194'05 euros a la sociedad EUROFUGASSE, S.L., sociedad filial del mismo grupo al que pertenecía la concursada. También se considera causante de la agravación la baja contable de la valoración de existencias ubicadas en un inmueble de FENIX BAKER, S.L. sito en Gran Vía, 272, de Barcelona.

La sentencia recurrida aprecia incidencia de estos hechos en la insolvencia de TB, atendiendo a los importes, fechas en que se producen y el evidente perjuicio patrimonial que con los mismos se deduce.

Los recurrentes se refieren a estos mismos hechos dando una explicación y justificación que discrepa de la sentencia. Sobre la condonación del crédito se dice que responde a una operación contable y financiera con la finalidad de que la sociedad deudora recibiera fondos de la sociedad matriz a fin de poder saldar la deuda con la concursada y que ello supone la licitud de la misma.

Efectivamente, es cierto que la operación tiene cabida dentro de los parámetros que fija la consulta 4, BOICAC: 79/SEPTIEMBRE 2009, sobre Operaciones entre empresas del grupo NRV nº 21º. Condonación de créditos y débitos y el tratamiento contable de la condonación de créditos / débitos entre empresas del mismo grupo, y que puede haberse procedido contablemente conforme a dicha consulta, todo lo cual no impide que pueda apreciarse una despatrimonialización de la sociedad con la extinción de un crédito de un importe de la relevancia que se da en este caso.

Ninguna incidencia tiene en este caso, para eliminar el juicio de desvalor que la sentencia atribuye a los hechos descritos, que ninguno de los legitimados para ello haya interpuesto la correspondiente acción de reintegración concursal, cuyo ejercicio no tiene incidencia a los efectos de apreciar los hechos que en este caso determinan



la calificación como culpable. Tampoco lo tiene el hecho que la operación descrita no se haya realizado de forma oculta y en perjuicio de terceros de buena fe, pues la sentencia que se cita por los recurrentes en relación a la información veraz y al conocimiento de la situación económica y patrimonial de la sociedad como excluyente de una calificación culpable viene referida a otra causa como son las irregularidades contables relevantes, que no ha sido de aplicación al presente caso.

QUINTO.- Costas.

Dada la desestimación del recurso deben imponerse las costas causadas por el mismo a los recurrentes, en aplicación del art. 398 LEC .

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación formulado por TOT BLAT, S.L., Alejo , EUROBREAD, S.L. y FENIX BAKER, S.L. contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona en el incidente concursal 884/2016, de calificación, dimanante del concurso de la mercantil TOT BLAT, S.L., que se confirma.

Se imponen las costas causadas en esta instancia a los recurrentes.

Con pérdida de los depósitos constituidos a los recurrentes.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.