



Roj: **STS 1409/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:1409**

Id Cendoj: **28079110012015100174**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/04/2015**

Nº de Recurso: **952/2013**

Nº de Resolución: **185/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 676/2013,**
STS 1409/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Abril de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación, interpuesto por la procuradora D^a. Sonia Budi Bellod en nombre y representación de D. Augusto , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 8^a de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante del Procedimiento Ordinario 595/2012, que a nombre de la administración concursal de Balperia, S.L., se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante.

Es parte recurrida, la procuradora D^a María Abellán Albertos en nombre y representación de Bricolevante, S.L., y, parte interviniente, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, en la Sección 1^a del concurso, dictó Auto de fecha 29 de julio de 2011 , declarando la apertura de la fase de liquidación, la disolución de la mercantil Balperia, S.L. y la formación de la Sección Sexta de calificación del concurso. Con fecha 17 de septiembre de 2011 se publica en el BOE el anuncio de la apertura de la Sección Sexta de calificación de concurso de Balperia S.L.
2. Con fecha 6 de octubre de 2011, el administrador concursal de Balperia, S.L., presentó informe solicitando la calificación del concurso como culpable.
3. El Ministerio Fiscal emitió dictamen con fecha 17 de octubre de 2011, en el sentido de manifestar su conformidad con la calificación del concurso como culpable, debiendo afectar esta calificación al administrador de la sociedad Balperia, S.L., D. Augusto y a la mercantil Peryper Inmuebles, S.L.
4. La procuradora D^a Sonia Budi Bellod en nombre y representación de Balperia, S.L., con fecha 16 de noviembre de 2011, presentó escrito, suplicando: "*[...] oposición frente a la calificación del concurso pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, [...] sentencia [...] declare el concurso como fortuito, al no concurrir ninguno de los supuestos legales de calificación invocados de contrario, con absolución del designado como afectado de toda responsabilidad, con expresa imposición de costas a la Administración concursal por su temeridad y mala fe*".
5. El procurador D. Antonio Planelles Asensio, en nombre y representación de Peryper Inmuebles, S.L., con fecha 23 de diciembre de 2011 presentó escrito, suplicando: "*[...] oposición y contestación frente a la calificación del concurso pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, [...] sentencia por la que, de conformidad con lo expuesto en la presente contestación, se desestime en su integridad la calificación*".



pretendida y se declare el concurso como fortuito, o en su defecto se exima de cualquier responsabilidad a mi representada en la calificación del concurso de la mercantil Balperia, S.A., por ser contrarias de derechos las pretensiones de los actores, con expresa imposición de costas a la Administración concursal".

6. La procuradora D^a. Sonia Budi Bellod, en nombre y representación de D. Augusto , con fecha 18 de enero de 2012 presentó escrito, suplicando: "*[...] oposición frente a la calificación del concurso pretendida por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, [...] sentencia [...] se declare el concurso como fortuito, al no concurrir ninguno de los supuestos legales de calificación invocados de contrarios, con absolucón del designado como afectado de toda responsabilidad, con expresa imposición de costas a la Administración Concursal".*

7. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, en la Sección VI de calificación del concurso 990/2009, dictó Sentencia núm. 209/2012 de 18 de julio de 2012, con la siguiente parte dispositiva: "*Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por los acreedores, la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal:*

1º) Debo declarar y declaro que el concurso de Balperia S.L. es culpable y que el administrador D. Augusto tiene la condición de persona afectada por la calificación y se considera cómplice a Peryper Inmuebles, S.L.

2º) Debo condenar y condeno a Augusto a:

- 3 años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.

- a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

- a abonar a los acreedores las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa hasta la suma máxima de 1.250.000.-€

3º) Debo condenar y condeno a Peryper Inmuebles, S.L., a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.

Cada parte abonará las costas a su instancia y las comunes por mitad".

Tramitación en segunda instancia

8. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación procesal de Balperia, S.L. y por D. Augusto . El Ministerio Fiscal y la Administración concursal de Balperia, S.L., se opusieron al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó Sentencia núm. 92/2013 el 28 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimando el recurso de apelación entablado por la parte demandada, la concursada Balperia S.L. en liquidación y D. Augusto , representados en este Tribunal por el Procurador D^a Sonia María Budi Bellod, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de los de Alicante de 18 de julio de 2012, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución; y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Se declara la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se le dará el destino previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta nº 9 LOPJ ."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

9. La representación de D. Augusto , interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en el siguiente motivo:

"ÚNICO.- El motivo del presente recurso de casación, lo es, en aplicación del apartado 3º del art. 477.2 LEC , la infracción del art. 164.2.5º LC , así como la Doctrina jurisprudencial que la desarrolla, entendiéndose que ostenta interés casacional."

10. Por Diligencia de ordenación de 26 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

11. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente el procurador D. Isidro Orquin Cedenilla en nombre y representación de D. Augusto . Y como recurridos, el Ministerio Fiscal y la procuradora D^a. María Abellán Albertos en nombre y representación de Bricolevante, S.L.

12. Esta Sala dictó Auto de fecha 22 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Augusto , contra la Sentencia dictada, con fecha 28 de febrero de 2013, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Octava), en el rollo



de apelación 595/2012, dimanante del incidente sobre calificación del concurso nº 990/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante.

2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que informe sobre el recurso interpuesto."

13. El Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de impugnar el motivo único interpuesto. La representación procesal de Bricolevante, S.L., presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

14.- Por providencia de 30 de enero de 2015 se acordó para votación y fallo el día 12 de marzo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. Declarada la apertura de la fase de liquidación y abierta la sección de calificación del concurso de la sociedad Balperia, S.L., por la administración concursal se interesó la declaración de culpable del concurso por la existencia de dos repartos de dividendos acordados con fecha 31 de julio de 2007 y 3 de octubre de 2008, a favor de su socio único Peryper Inmuebles, S.L. (en lo sucesivo Peryper), con base a los arts., 164.2.4 y 162.2.5 LC, y por entender que la solicitud de concurso se realizó de forma tardía, art. 165.1 LC. En su informe la administración concursal propuso:

1º. Considerar como personas afectadas por la calificación al administrador único de la concursada a Don Augusto y cómplice al socio único Peryper.

2º. Condenar a Augusto a inhabilitación por plazo de cinco años y al pago de los créditos que no sean atendidos tras la liquidación de la masa activa.

3º Condenar a Peryper Inmuebles, S.L. al pago de los créditos que no sean atendidos tras la liquidación de la masa activa. Y en caso de que la citada compañía no pueda atender este pago derivar la responsabilidad a quienes fueron sus administradores en el momento del reparto de dividendos, el Sr. Augusto y su esposa Dª Emma.

2. El Ministerio Fiscal en su dictamen, se adhiere a la calificación de culpable del concurso, a la petición de personas afectadas, a su inhabilitación por periodo de cinco años, a responder por el déficit concursal de ambas personas afectadas y, añade, la condena a la pérdida de todos los derechos que tengan reconocidos ambos en el concurso y a la devolución de bienes y derechos obtenidos indebidamente.

3. Por el administrador de la concursada, Sr. Augusto, como persona afectada, se opuso a la declaración culpable del concurso por cuanto entendía que el reparto de dividendos se efectuó dentro de la normalidad mercantil y económica de la sociedad, sin que saliese tesorería de la misma, no existiendo acreedores en ese momento, y la situación de la concursada era de beneficios, tanto en el cierre del ejercicio de 2007 como en el del 2008. Por ello, solicitó que el concurso fuera calificado de fortuito.

Peryper, propuesta como persona afectada, en calidad de cómplice, niega que reúna las características de tal carácter que señala el art. 166 LC, con argumentos análogos a los invocados por la concursada y, en cualquier caso, negando que le pueda ser de aplicación el art. 172.3 LC por no prever el precepto la extensión de tal condena a los cómplices.

4. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil declara culpable el concurso por estimar que el reparto de dividendos de fecha 3 de octubre de 2008 tiene su acomodo en el art. 164.2.5 LC. Tras un meticuloso análisis económico, contable y financiero de la concursada y, como antecedentes al reparto de dividendos de 2007 y 2008, no comparte ciertas consideraciones del informe y dictamen, por lo que, finalmente, descarta el reparto de dividendos correspondiente a los del 2007, "que por un escaso mes y unos días quedan fuera del periodo de dos años del precepto". El juicio de imputación lo centra en el art. 164.2.5 LC (salida fraudulenta de bienes y derechos del patrimonio del deudor), y su condena en los siguientes pronunciamientos:

"[...] 2º) Debo condenar y condeno a Augusto a:



- 3 años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.
- a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa.
- a abonar a los acreedores las cantidades que no perciban en la liquidación de la masa activa hasta la suma máxima de 1.250.000.-€

3º) Debo condenar y condeno a Peryper Inmuebles, S.L., a la pérdida de cualquier derecho que tuviera como acreedor concursal o de la masa."

5. Recurrida en apelación por la Audiencia Provincial se dicta sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Consideró que el hecho de que en las cuentas de 2007 obrara un fondo de maniobra negativo, no se puede tildar de normalidad, pues es síntoma de iliquidez, y, en el momento de reparto de dividendos de octubre de 2008, la situación de la mercantil no era de normalidad. Consideró que el reparto de dividendos, no fue sino un negocio simulado en fraude de acreedores, pues, bajo la apariencia de un reparto de dividendos se ocultaba el pago de un crédito a un acreedor al que se privilegiaba ante la situación actual o mediata a la que se veía abocada la sociedad. Por ello, la actuación es constitutiva de un perjuicio tipificado como causa *iuris et de iure* en la LC (art. 164.2.5), y el fraude de acreedores resulta evidente, dado que mantener la actividad propia del objeto social y descapitalizarse, rebajando sensiblemente el activo, constituye una maniobra en fraude de acreedores, determinados o determinables.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Formulación del único motivo

El Sr. Augusto interpone recurso de casación.

Se articula en los siguientes términos: "*e l motivo del presente recurso de casación, lo es, en aplicación del apartado 3º del art. 477.2 LEC, la infracción del art. 164.2.5º LC, así como la Doctrina jurisprudencial que la desarrolla, entendiéndolo que ostenta interés casacional.*"

Denuncia el recurrente la errónea conclusión jurídica que establece la sentencia recurrida al entender que la cuestión planteada no es acomodable a los elementos objetivo y subjetivo que exige el art. 164.2.5 LC, pues, entiende, están totalmente en contradicción con los hechos declarados probados.

Señala que, en cuanto al elemento objetivo, el reparto de dividendos que tuvo lugar en 2008 no supuso una salida de tesorería, ni de ningún bien ni derecho, solo se produjo una "*compensación de los saldos pendientes de la cuenta corriente de Peryper Inmuebles, S.L., con Balperia, S.L siendo normal este tipo de negocios entre la Holding y sus dominadas, sobre todo cuando así se permite desde un punto de vista mercantil, fiscal y económico*". El precepto, dice el recurrente, exige una "*salida fraudulenta*" de bienes o derechos, lo que no acontece en el reparto de dividendos, pues sólo se trató de una compensación.

En cuanto a los elementos subjetivo o intencional del fraude, razona el recurrente, supone, según jurisprudencia y doctrina que invoca, "*una especie de eventual conocimiento -o cognoscibilidad- del eventual perjuicio patrimonial derivado de una salida de bienes o derechos con la que hacer pago a los acreedores*".

El único dato adverso, dice, es que el fondo de maniobra era negativo (a 31 de diciembre de 2007), pero los auditores no lo estimaron en consideración (nota 15 de la memoria), por lo que el informe de auditoría de 2007 "*es limpio, sin ninguna salvedad, por tanto, con opinión favorable*". El reparto de dividendos, señala, está amparado por una norma mercantil y económica (cita SSTs sobre el derecho del socio a poder participar en los beneficios de la sociedad) y concluye que se halla exento de una total intención fraudulenta, en el sentido de intención de perjuicio patrimonial, de acuerdo con la interpretación doctrinal que sobre el art. 1291.3º CC entiende el recurrente han sentado las SSTs de 19 de julio de 2005 y 20 de octubre de 2005, que reproduce extensamente.

TERCERO.- Criterio de la Sala para la desestimación del motivo

1. El art. 164.1 LC establece, como criterio general, para calificar el concurso como culpable, la existencia de una conducta en la que hubiera mediado dolo o culpa grave y hubiera generado o agravado el estado de insolvencia. Nuestro actual sistema concursal no renuncia a la técnica de presunciones de fraudulencia o de culpabilidad que articularon los códigos de comercio de 1829 y 1885, y así, en los arts. 164.2 y 165 LC establecen unos comportamientos tipo que facilitan al juez la valoración de la conducta del concursado, a los que, en unos casos presume *iuris et de iure* y en otros *iuris tantum* la concurrencia de los dos factores que integran el criterio general de culpabilidad: el dolo o culpa grave y la generación o agravación de la insolvencia.



No es que los hechos base que contemplan los arts, 164.2 y 165 LC constituyan un "*numerus clausus*" de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC , como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurren los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.

2. En el presente supuesto, la sentencia de primer grado, confirmada por el Tribunal de apelación, corrigiendo las propuestas del informe y del dictamen, subsumió la conducta que originó o agravó la insolvencia, -el reparto de dividendos de 2008-, en el ordinal 5º del apartado 2 del art. 164 LC , según el cual el concurso se calificará como 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*".

La conducta fraudulenta constituye un *hecho base* de presunción *iuris et de iure* de concurso culpable, que fue contemplada en nuestros antecedentes históricos y sancionada civil y penalmente (art. 890.13º del CC de 1885), calificada como quiebra fraudulenta, aunque el supuesto expresamente contemplado en aquella norma hiciera referencia al "*pago anticipado en perjuicio de los acreedores*". Tal conducta crea una verdadera desigualdad entre los acreedores, rompiendo la *par conditio creditorum* , pues los beneficiarios cobran en moneda corriente lo que, en el futuro, el resto de acreedores cobrará en moneda de quiebra. Por esta razón también, esta concreta conducta, está prevista como un supuesto de rescisión (art. 71.2 LC) cuyo perjuicio se presume *iuris et de iure* , lo que no solo no es incompatible sino que no es en absoluto necesario que se hubiese instado. Sin embargo, en el presente concurso, la administración concursal ha planteado una acción rescisoria sobre los mismos hechos, con base al perjuicio que se infiere a la masa activa, conforme prevé el art. 71.3.1º LC , con resultado estimatorio en ambas instancias, pendiente del recurso de casación (RC 1031/2013).

Y es que el pago que preveía la vieja norma abarcaba no solo el pago en metálico sino también otras operaciones tales como la compensación convencional, la permuta, cambio o renuncia de derechos, actos todos ellos que, aparentemente tutelados por el ordenamiento jurídico, causan, como resultado final, un perjuicio para el resto de los acreedores, sea buscado de propósito por el deudor (dolo) sea porque debió preverlo el administrador, consciente o inconscientemente por falta de una diligencia exigible (culpa grave), debida al incumplimiento de deberes que le son propios a un administrador.

3. Esta Sala ha tenido oportunidad de fijar un criterio interpretativo de la norma, el art. 164.2.5º LC . Nos referimos a la STS núm. 174/2014 de 27 de marzo que señala: "[...] 2.- *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.*

3.- La jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concorra 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 concorra 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*).

4.- *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*".

4. Este es el caso que estamos examinando, pese a que el recurrente no comparta, como probados en la instancia, los elementos subjetivo y objetivo que configuren el supuesto previsto en el art. 164.2.5 LC .

Por un lado, el recurrente alega que el reparto de dividendos de 2008 no supuso una salida de efectivo, y que solo tuvo una significación contable, pues, por vía de compensación, los dividendos sirvieron para disminuir la deuda que su matriz mantenía con la concursada. En definitiva, la conducta supuso que un activo que lucía en el balance de la concursada, un crédito contra su matriz Peryper, desapareciera mediante una operación de compensación, con cargo a unos recursos propios. Como acertadamente señala la sentencia recurrida: "*la salida de bienes o derechos a que se refiere el precepto no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento*".



De otro modo, a consecuencia de la distribución de dividendos, la masa activa se ha reducido indebidamente como consecuencia de la compensación del crédito que la concursada tenía frente a su matriz y que esto agravó la insolvencia de la concursada y supone un perjuicio injustificado para la masa activa.

Por otro lado, el recurrente combate el elemento subjetivo o intencional del fraude en la salida de bienes y derechos del patrimonio del deudor. Tampoco puede ser acogida la argumentación. Sin perjuicio de cuanto hemos anticipado con anterioridad al definir la conducta descrita en el ordinal 5º, apartado 2 del art. 164 LC, la salida fraudulenta que exige el precepto no supone necesariamente un acto consciente y volitivo de querer dañar, sino que basta la conciencia que debía tener de ocasionar un perjuicio a los acreedores, mediante un acto que beneficiaba a su matriz cuyo patrimonio quedaba sustraído de la acción de la administración concursal en caso de liquidación, al rebajar sensiblemente -por importe de 1,2 millones de euros- la deuda que mantenía con su empresa filial. El administrador único de la concursada, que lo es también de la matriz, debía tener conciencia de que con la distribución de dividendos, ejecutada pocos meses antes de su solicitud de concurso voluntario, llevaba a cabo una operación lesiva para el resto de los acreedores, agravando con ello la situación de insolvencia de la concursada.

CUARTO.- Costas.

Se imponen al recurrente al que se ha desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398.1 LEC, con pérdida del depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Augusto, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de fecha 28 de febrero de 2013, en el Rollo 595/2012 que, en este alcance, confirmamos.

Se imponen las costas causadas al recurrente, con la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.