



Roj: **SAP BU 460/2014 - ECLI: ES:APBU:2014:460**

Id Cendoj: **09059370032014100099**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **23/06/2014**

Nº de Recurso: **128/2014**

Nº de Resolución: **159/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION NN. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00159/2014**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**BURGOS**

**Sección 003**

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN000

**NN.I.G.:** 09059 42 1 2012 0006954

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2014**

Juzgado procedencia : JDO. DE LO MERCANTIL **NN. 1** de BURGOS

Procedimiento de origen : INC.CONC. RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA(72 ) 2000196 /2012

RECURRENTE : VIS VERONA SL, Leovigildo

Procurador/a : ANA MARIA JABATO DEHESA, ANA MARIA JABATO DEHESA

Letrado/a : JUAN MANUEL GARCIA-GALLARDO GIL-FOURNIER, MIGUEL DANCAUSA TREVIÑO

RECURRIDO/A : ADMINISTRADOR CONCURSAL, Eufrasia

Procurador/a :

Letrado/a :

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE** , Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA Y DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA** , ha dictado la siguiente.

**SENTENCIA Nº 159**

En Burgos a veintitrés de Junio de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de INC.CONC. RESCI/IMPUG.ACTOS PERJ.MASA(72 ) 2000196 /2012, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL **NN. 1** de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000128 /2014, en los que aparece como apelante primera, **VIS VERONA SL** , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra.



ANA MARIA JABATO DEHESA, asistida por el Letrado Sr. JUAN MANUEL GARCIA-GALLARDO GIL-FOURNIER, y como segundo apelante **don Leovigildo**, representado por la Procuradora Sra. Jabato Dehesa y defendido por el Letrado Sr. Miguel Dancausa Trevino, y como parte apelada la **ADMINISTRACION CONCURSAL DE VIS VERONA SL**, ( Eufrasia ), sobre Acción Rescisoria. Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, que expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO:" Que estimando como estimo la Demanda Incidental promovida por la Administración Concursal de la Mercantil "Vis verona, S.L.", debo declarar y declaro la ineficacia de los tres pagos efectuados por la Sociedad Concursada al codemandado D. Leovigildo, y en consecuencia se condenara a este último a restituir a la masa de este Concurso de Acreedores la cantidad de 672.700 Euros, cantidad que es la suma a la que ascienden los referidos tres pagos de 282.70 Euros, 210.000 Euros y 180.000 Euros, todo ello con más los intereses legales correspondientes desde la fecha en que se realizaron los citados pagos, en cuanto a las costas procede su imposición a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Vis Verona S.L. y don Leovigildo, se presentaron escritos preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizaron, mediante otro escrito, dentro del término que les fue concedido al efecto. Y dado traslado de los mismos, presentó escrito de oposición a dichos recursos dentro del plazo que le fue concedido, la Administración Concursal de Vis Verona S.L., acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 19-6- 2014 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Se recurre la sentencia que acuerda la rescisión de los pagos hechos por la concursada a don Leovigildo por importe de 672.000 € en el año anterior a la declaración de concurso, y en todo caso cuando ya la concursada estaba en situación de insolvencia. Don Leovigildo es socio mayoritario de la concursada con un 82% del capital social.

**SEGUNDO.** La sentencia acuerda la rescisión de los pagos por importe de 282.700 € el 11 de enero de 2012, de 210.000 € el 18 de julio de 2012 y de 180.000 € el 2 de enero de 2012 por estimar que son actos perjudiciales para la masa activa al suponer una disminución del patrimonio de la concursada, no pudiendo considerarse actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor. Con ello se vienen a rescindir los pagos por aplicación del número 1º del artículo 71 de la Ley Concursal, "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". No obstante, la AC había alegado también el supuesto del artículo 71.3.1º "Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado".

**TERCERO.** En el recurso formulado por ambas partes apelantes, que viene a ser reproducción uno del otro, se reprocha a la sentencia falta de motivación por no haber examinado los pagos realizados al socio dentro de la deuda que la propia concursada tenía con don Leovigildo debido a la continua aportación de fondos y pagos hechos por el citado socio de deudas de la sociedad, tal y como refleja la cuenta 551 con socios administradores. Es decir, sin desconocer la parte apelante, porque no puede hacerlo, que los pagos suponen una disminución del patrimonio de la concursada, y que en esa medida pueden suponer un perjuicio para la masa activa, lo que se pedía era que el Juzgador encontrase justificados los pagos por la sencilla razón de que el socio había puesto más dinero del que había recibido. Este era el verdadero fundamento de la oposición formulada, tanto por la concursada como por don Leovigildo, que no ha recibido contestación en la sentencia apelada. Ahora bien, la citada falta de motivación no debe merecer el reproche de la nulidad de la sentencia en la medida en que la infracción del principio de tutela judicial efectiva, que está en la base de la falta de motivación, puede ser subsanado con la argumentación que ahora hacemos.

**CUARTO.** La mayor exigencia de motivación de la sentencia venía dada, no solo por la necesidad de responder a las alegaciones de ambas partes apelantes, sino también porque decir que los pagos hechos a un socio administrador en virtud de una deuda vencida, líquida y exigible constituyen un perjuicio para la masa activa



porque conllevan una disminución del patrimonio de la concursada, es decir una obviada. Como expone la STS de 8 de noviembre de 2011 el perjuicio para la masa activa no se identifica con la disminución de patrimonio de la concursada, pues puede haber actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como acontece con los que alteran la par conditio creditorum. Además, se exige que el perjuicio para la masa activa sea un perjuicio injustificado. "En definitiva el texto de la norma es suficientemente claro y la expresión "actos perjudiciales para la masa activa" permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución del patrimonio del deudor, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor, sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que a la postre suponen un sacrificio patrimonial injustificado".

En el caso de los pagos que han sido objeto de la demanda de reintegración la justificación radicaría en que el socio administrador habría puesto más dinero que el que había recibido. Esta viene a ser la técnica argumental de ambas partes demandadas cuando hacen relación en sus escritos de oposición de las cantidades pagadas por el socio que son deudas de la sociedad, o de otras sociedades participadas por la concursada. Así se viene a hacer hincapié en que a fecha 1 de enero de 2011 la deuda de la concursada con don Leovigildo era de 9.085.854 €, aunque esta se reduce en 7.078.542,54 € por una cesión de créditos que hace la concursada al socio, y que no ha sido objeto de reintegración. En el momento de hacerse el primero de los pagos de 282.700 € a don Leovigildo, la deuda de la sociedad con el socio era de 1.604.612,70 €, que se reduce a 1.321.912,70 € en virtud del pago realizado.

Ahora bien, a nuestro entender no es la mera aritmética de las sumas que la sociedad debe al socio, en comparación con los pagos que el socio recibe, lo que puede justificar el acto, pues el perjuicio para la masa activa exige analizar el acto en el momento de su ejecución. Es en el momento de su ejecución cuando la sociedad se encuentra ya en una situación de insolvencia, y por lo tanto cancelaciones parciales de deuda que en el pasado pudieran estar justificadas en el momento presente ya no lo están. La justificación puede existir, sin embargo, si a pesar de los pagos recibidos el socio sigue haciendo aportaciones a la sociedad. Es lo mismo que si se cancela la deuda con un acreedor, por ejemplo un Banco, para seguir disponiendo de financiación. En el presente caso, a pesar de los pagos realizados la cuenta del socio no varía significativamente, de los 1.604.612,70 € cuando se realiza el primero de los pagos hasta el último asiento de 1 de enero de 2013 que es de 1.786.307,28 €. Ello quiere decir que el socio ha seguido aportando capital, incluso más de los 672.700 € que son objeto de la acción de reintegración. Desde este punto de vista, y no tanto desde el que hacen las partes apelantes, es como pudiera encontrarse justificación a los pagos recibidos por el Sr. Leovigildo.

**QUINTO.** La AC alegaba también el supuesto del artículo 71.3.1º LC que son los pagos realizados a personas especialmente relacionadas con el concursado, como son los socios que (...) sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera (artículo 93.2.1º). Se trata de un supuesto en el que se presume el perjuicio salvo prueba en contrario.

La STS de 10 de julio de 2013 (ponente Sr. Saraza) examina un supuesto en el que "la contabilidad de la concursada mostraba que el Sr. Baltasar había hecho aportaciones dinerarias a la sociedad desde antes de 2007. A finales de dicho año, el saldo deudor de la sociedad frente al socio financiador ascendía a 169.348 euros, y al día 16 de julio de 2008, tras la devolución Don. Baltasar de 68.000 euros, el saldo deudor de la sociedad quedó fijado en 203.059 euros". Es exactamente el mismo supuesto que aquí se plantea en que la cuenta de la sociedad con el socio siempre ha reflejado un saldo deudor cuando se hacen al socio determinados pagos en metálico.

Dice la Sala que en el caso de los pagos hechos a socios no se exige que se produzca un perjuicio injustificado para la masa activa. "El carácter oneroso de los actos dispositivo supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos". Reitera la Sala la doctrina expuesta en la STS de 8 de noviembre de 2011 de que el perjuicio para la masa activa se produce no solo en los casos de disminución del patrimonio del concursado, sino también cuando "se altera el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa".

En el caso particular de los pagos hechos a socios continúa diciendo la sentencia: "Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En



casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.

"Si la aportación de capital a la sociedad por parte de los socios, en una cantidad suficiente para desenvolver su actividad, se hubiera realizado en la forma típica prevista en la normativa societaria, como es la aportación inicial o la ampliación de capital social, el patrimonio así obtenido no hubiera podido ser reembolsado a los socios en detrimento de los acreedores sociales, frente a los cuales tal patrimonio desempeña una función de garantía. La sustitución del capital social por préstamos societarios realizados por los socios de referencia supone en tales circunstancias un desplazamiento del riesgo empresarial sobre los acreedores.

"No es admisible que llegada una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación, pretendan quedar al margen del proceso concursal cancelando el préstamo, siquiera sea parcialmente, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad y haber servido de capital de garantía frente a los terceros acreedores (...).

"Es por ello que el reembolso de estas aportaciones a los socios con una participación significativa o a los administradores (aquí se reúnen las dos cualidades) en el periodo anterior a la declaración del concurso haya de ser considerado, salvo prueba en contrario, que aquí no ha existido, como un perjuicio para la masa activa aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo. Tal pago debía haberse sujetado al orden de preferencias propio del proceso concursal, en el que ostenta la calificación de crédito subordinado".

Se acoge pues la causa de reintegración prevista en el artículo 73.3.1º LC por lo que se confirma la sentencia que da lugar a la reintegración aunque por motivos distintos.

**SEXTO.** La desestimación del recurso conlleva la imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada ( artículo 398.1 LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora doña Ana María Jabato Dehesa en las dos representaciones que tiene acreditadas en autos contra la sentencia de fecha 9 de enero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Burgos en los autos de incidente concursal 196/2012 se confirma la misma en todos sus pronunciamientos con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.