



Roj: **SAP CC 604/2014 - ECLI: ES:APCC:2014:604**

Id Cendoj: **10037370012014100230**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2014**

Nº de Recurso: **295/2014**

Nº de Resolución: **219/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CACERES

SENTENCIA: 00219/2014

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de CACERES

N01250

AVD. DE LA HISPANIDAD S/N

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Tfno.: 927620309 Fax: 927620315

N.I.G. 10037 41 1 2013 0024211

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000295 /2014

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de CACERES

Procedimiento de origen: INCIDENTE CONCURSAL COMUN 0000051 /2013

Recurrente: HIERROS GARCIA SANCHEZ SL, CANALEJAS LOJOGA SLU , CORCHUELA DE JUPEAL SL , EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCIA S.L.,

Procurador: ANA MARIA COLLADO DIAZ

Abogado: CRISTOBAL CADARSO ARROJO

Recurrido: Milagros , Amparo

Procurador: JUAN ANTONIO HERNANDEZ LAVADO, JUAN ANTONIO HERNANDEZ LAVADO ANTONIA MUÑOZ GARCIA

Abogado: ARTURO ESTRELLA RUFO, ARTURO ESTRELLA RUFO JOSE EMILIO MAESTRE PRIETO.

S E N T E N C I A NÚM.- 219/2014

Ilmos. Sres. =

PRESIDENTE: =

DON JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA =

MAGISTRADOS: =

DON ANTONIO MARÍA GONZÁLEZ FLORIANO =

DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA =



Rollo de Apelación núm.- 295/2014 =

Autos núm.- 64/2013 =

Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres =

=====

En la Ciudad de Cáceres a dos de Octubre de dos mil catorce.

Habiendo visto ante esta Audiencia Provincial de Cáceres el Rollo de apelación al principio referenciado, dimanante de los autos de Incidente Concursal núm.- 64/2013, del Juzgado de 1ª Instancia núm.- 1 y de lo Mercantil de Cáceres, siendo parte apelante, los demandados **HIERROS GARCIA SÁNCHEZ, S.L., CANALEJAS LOJOGA S.L.U., CORCHUELA DE JUPEAL S.L., EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCIA, S.L.**, representados en la instancia y en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Collado Díaz**, y defendidos por el Letrado Sr. **Cadalso Arrojo**, y como parte apelada, el demandante, **ADMINISTRADOR CONCURSAL -DON Prudencio**, representado en la instancia y en la presente alzada por la Procuradora de los Tribunales Sra. **Muñoz García**, y defendido por el Letrado Sr. **Maestu Prieto**, y como demandadas no opuestas al recurso, **DOÑA Milagros** y **DOÑA Amparo**, representadas en la instancia por el Procurador de los Tribunales Sr. Hernández Lavado y defendidas por el Letrador Sr. Estrella Rufo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia núm.-1 y de lo Mercantil de Cáceres, en los Autos núm.-64/2013, con fecha 2 de Abril de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Estimo en parte la demanda presentada por la Procuradora Dª Antonia Muñoz García en nombre de la ACe frente a la concursada, Hierros García Sánchez SL., Canalejas Lojoga SLU y Corchuela de Jupeal SL, representados por el Procurador D. Juan Antonio Hernández Lavado y frente a Dª Milagros y Dª Amparo, representadas por la procuradora Dª Ana María Collado Díaz y, en consecuencia:

- 1.- DECLARO la rescisión de la operación del reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición, aprobada por junta general de socios de 10 de julio de 2012.
- 2.- DECLARO la rescisión de la operación de compra por parte de la concursada de las participaciones sociales de la mercantil García García del Acero SL efectuada por escritura de 31 de diciembre de 2012.
- 3.- DECLARO la rescisión de la suscripción de la concursada de 36 nuevas participaciones de la mercantil Extremeña de Promociones García SL, efectuada el 31 de diciembre de 2012.
- 4.- DECLARO la ineficacia, por efecto propio de la rescisión, de las compensaciones efectuadas en los negocios rescindidos.
- 5.- El resto de pretensiones quedan desestimadas.

No procede imponer las costas a ninguna de las partes...."

SEGUNDO .- Frente a la anterior resolución y por la representación de los demandados-, se interpuso del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO .- Admitida que fue la interposición del recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en el art. 461 de la L.E.C ., se emplazó a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran ante el Juzgado escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

CUARTO .- Presentado escrito de oposición al recurso por la representación de la parte demandante, se remitieron los autos originales al Órgano competente, previo emplazamiento de las partes, que incoó el correspondiente de Rollo de Apelación.

QUINTO.- Recibidos los Autos y el Rollo de Apelación en esta Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, se procedió a turnar de ponencia; y no habiéndose propuesto prueba por ninguna de ellas, ni considerando este Tribunal necesaria la celebración de vista, se señaló para la DELIBERACIÓN Y FALLO el día **30 de Septiembre de 2014**, quedando los autos para dictar sentencia en el plazo que determina el art. 465 de la L.E.C .

SEXTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**.



II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió demanda de incidente concursal, en ejercicio de una acción de reintegración planteada por la administración concursal del concurso de la entidad HIERROS GARCÍA SÁNCHEZ S.L., que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil de Cáceres.

En dicha demanda se suplicaba que se declare:

1.- la rescisión de la operación de reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición, aprobada por junta general de socios de 10 de julio de 2012 y que se condene a Canalejas Lojoga SLU y Corchuela de Jupeal SLU a reintegrar a la masa activa de la concursada, Hierros García Sánchez SL, el importe de 204. 000 la primera y de 196. 000 la segunda, y en ambos casos con los intereses correspondientes.

2.- la rescisión de la operación de compra por parte de la concursada de las participaciones sociales de la mercantil García García del Acero SL efectuada por escritura de 31 de diciembre de 2012 y condenando a la sra Milagros y a la sra. Amparo a reintegrar a la concursada 266. 129, 46 euros la primera y 443. 549, 10 euros, la segunda, con sus intereses.

3.- la rescisión de la suscripción de la concursada de 36 nuevas participaciones de la mercantil Extremeña de Promociones García SL, efectuada el 31 de diciembre de 2012, condenando a Extremeña de Promociones García SL a reintegrar a la masa activa de la concursada, el importe de 586. 188 euros, siendo 23. 400 euros el valor nominal de las participaciones y 562. 788 euros la prima de asunción, más los intereses correspondientes.

4.- la anulación de las compensaciones contables de fecha de dos de enero de 2012 por el concepto de "reparto deuda empresas" y los de traspaso de saldo y ajuste de 30 de diciembre de 2012 toda vez que no encuentran justificación, condenando a la concursada a elaborar nuevos libros de contabilidad que eliminen los efectos producidos por las antedichas compensaciones contables, sobre los asientos contables afectados en el ejercicio de 2012.

5.- que en el caso de que la rescisión se estimase, y resultase a favor de los codemandados el derecho a la devolución de alguna prestación, que se declare de mala fe la rescisión a los efectos de clasificar ese derecho como subordinado.

En dicho procedimiento recayó sentencia en la que se estimo en parte la demanda y se declaró:

1.- la rescisión de la operación de reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición, aprobada por junta general de socios de 10 de julio de 2012.

2.- la rescisión de la operación de compra por parte de la concursada de las participaciones sociales de la mercantil García García del Acero SL efectuada por escritura de 31 de diciembre de 2012.

3.- la rescisión de la suscripción de la concursada de 36 nuevas participaciones de la mercantil Extremeña de Promociones García SL, efectuada el 31 de diciembre de 2012.

4.- la ineficacia, por efecto propio de la rescisión, de las compensaciones efectuadas en los negocios rescindidos.

Todo ello sin hacer imposición de costas a ninguna de las partes.

Disconformes las entidades y HERROS GARCÍA SÁNCHEZ S.L., CANALEJAS LOJOGA S.L., CORCHUELA DE JUPEAL S.L. y EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCÍA, se formuló recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º.- Incongruencia extra petita de la sentencia, en cuanto al pronunciamiento cuarto del suplico, nunca pedido en la demanda, e imposibilidad de mantener la mera declaración de rescisión del mismo.

2º.- Inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión respecto de la operación del reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición aprobado en la junta general de socios de HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L. de 10 de julio de 2012.

3º.- Inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión de la compra por HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L de participaciones sociales de la mercantil CARCIA GARCÍA DEL ACERO S.L., el 31 de diciembre de 2012, y de la suscripción de la ampliación de capital de EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCÍA.

Por parte de la administración concursal, se impugna la sentencia frente al pronunciamiento que desestima el resto de las pretensiones articuladas en la demanda, entendiéndose que debe prosperar la reclamación de condena pecuniaria a reintegrar a la masa activa las cantidades interesadas en la demanda.



SEGUNDO.- Para la mejor resolución del recurso de apelación e impugnación formulados, conviene realizar una serie de consideraciones previas sobre el contenido de la demanda y las contestaciones a la misma, siguiendo con ello el propio relato de tales hechos que se contiene en la sentencia de primera instancia.

La demanda interpuesta pretende la rescisión por reintegración de varios negocios jurídicos que ha efectuado la concursada por entender que son perjudiciales para la masa, en virtud de lo previsto en el art. 71 de la LC y la reposición de la contabilidad de la concursada anulando las compensaciones de determinados saldos contables.

Los negocios jurídicos que pretende rescindir son el reparto de dividendos acordado por junta general de socios de 10 de julio de 2012, elevado a público el 31 de diciembre de 2012; la compraventa de participaciones sociales de la sociedad García García del Acero SL, efectuada entre la concursada y las codemandadas, sras. Milagros y Amparo con fecha de 31 de diciembre de 2012; la rescisión de la suscripción por la concursada de varias participaciones sociales en la ampliación de capital de la sociedad Extremeña de Promociones García SL, elevada a público el 31 de diciembre de 2012.

Además pretende que se declaren dos consecuencias jurídicas de la anulación de estos negocios: la "anulación" de asientos contables de compensación y la condena a devolver las cantidades objeto de rescisión, con declaración de los créditos resultantes como subordinados por mala fe.

La demanda se fundamenta en que tales operaciones se efectuaron cuando la concursada estaba ya en insolvencia, como demuestra que el 21 de septiembre de 2012 se comunicó al juzgado de lo mercantil el inicio de negociaciones previas del art. 5 bis de la LC . Además, que la primera de las operaciones impugnada, el reparto de dividendos, ya de por sí es perjudicial porque supuso detraer de la masa el 20% de las reservas existentes en la sociedad, en perjuicio de aquélla. Pero, tal reparto no se realizó con dinero en efectivo, sino con compensaciones de créditos que las socias de la concursada, Corchuela de Jupeal y Canalejas Lojoga adeudaban a la concursada, lo que se verificó contablemente.

Dentro de dicha situación de insolvencia, dice la AC, se celebró la compraventa de participaciones sociales de una sociedad del grupo, García García del Acero SL, concretamente el 31 de diciembre de 2012, entre Hierros García Sánchez SL y las ex - esposas de los hermanos Herminio Fausto , personas físicas integrantes, directa o indirectamente, de las sociedades mencionadas. El mismo día se produce una similar venta de participaciones de la concursada por parte de estas personas a la sociedad García García del Acero SL. La AC, en relación con la adquisición de participaciones de la entidad García García del Acero SL señala que se fijó un precio notablemente alto (29. 569, 94 euros por participación) respecto de los resultados expuestos en su contabilidad y se aplazó su pago a un momento posterior. El precio de la compra no se paga sino que se compensa de la siguiente manera: el 30 de diciembre de 2012 se producen asientos contables de compensaciones de saldos. La deuda que se mantenía con la sra. Milagros se compensa con el crédito que la concursada tenía contra Explotaciones de Ganado Garsan SL y la deuda que la concursada tenía por la compra de tales participaciones, con los créditos que la concursada tenía contra Corrugados García Cáceres SL, Explotaciones de Ganado Garsan, Corrugados García Almendralejo SL, Indevaex SL y Plan Especial Viviendas de Extremadura SL, que son sociedades integradas o participadas por los hermanos , Herminio y Fausto .

Por otro lado, la última operación efectuada es una ampliación de capital y suscripción de participaciones en la mercantil Extremeña de Promociones García SL, aprobado por Junta general en julio de 2012 y elevado a público el 31 de diciembre de 2012. La concursada suscribió varias participaciones sociales, con desembolso íntegro mediante compensación de créditos que ostentaba frente a la sociedad Extremeña de Promociones. En este apartado la demanda critica la misma situación que en la compraventa de participaciones, porque señala que, en función de los datos contables, las mismas están notoriamente sobrevaloradas (incluyendo una prima de emisión por importe de 15. 633 euros por participación).

Respecto de la contabilidad, la AC denuncia, en cuarto lugar, que desde el cierre del ejercicio de 2011 al cierre del ejercicio de 2012 se han realizado en las cuentas de la concursada compensaciones de saldos por los que, al final, la concursada pasa de ser acreedora neta de 1. 395. 248, 62 euros (en especial contra Canalejas Lojoga, que tenía el grueso) a ser deudora neta de 43. 272, 28 euros.

La demanda señala que las tres operaciones o negocios jurídicos impugnados han tenido su reflejo en la contabilidad: el precio de la compraventa de las participaciones (709. 678, 56 euros), la ampliación de capital por importe de 562. 788 euros de suscripción y el reparto de dividendos en 400. 000 euros, no son más que cifras artificialmente creadas para que las sociedades del grupo y personas especialmente vinculadas con la concursada, vieran extinguidas sus deudas mediante compensación de asientos contables y con el exceso se compensan saldos a favor de la concursada que se originan en 2012.



Las demandadas justifican las operaciones contables realizadas en que se trata del sistema cash pooling, ampliamente admitido en los casos en que varios empresarios se adeudan diferentes cantidades, con lo que se compensan contablemente para hacer más fácil y efectiva su relación, y, en concreto, en este caso se empleó a una sociedad como "Banco" que fue Canalejas Lojoga. Es decir, que no niegan dos extremos: la veracidad de las compensaciones de saldos que señala la demanda (discuten los cálculos aritméticos) y que éstas compensaciones se hacen en la contabilidad de la concursada. En cuanto a las operaciones impugnadas, señalan que en el reparto de dividendos ningún perjuicio se ha causado a la entidad concursada, porque, como dice la demanda, no ha habido intercambio o traspaso de efectivo, sino meramente compensaciones de créditos- deudas. Critica la ausencia de rigor en el método empleado para valorar las participaciones sociales que fueron vendidas a Hierros García Sánchez y de las participaciones sociales suscritas en la ampliación de capital de la sociedad Extremeña de Promociones García SL.

Por otro lado, se opone a la demanda, en cuanto a la nulidad de los asientos contables de "reparto de deudas empresas" porque no se pide su rescisión, ni las de las compensaciones realizadas. Y dice que ello no es posible porque se trata de compensaciones de saldos acordados entre las diferentes partes y no se ha demandado a aquéllas. Además, no se causa ningún tipo de perjuicio a la concursada porque la variación a favor de la concursada entre el principio y el final de los periodos indicados al final es el mismo. Las operaciones de *cash pooling* efectuadas permiten cambiar un único deudor, Canalejas Lojoga, por ocho deudores, que no han sido demandados y porque Canalejas Lojoga sí tiene activos, no valorados por la AC, que son las participaciones en la concursada y en García García del Acero y Extremeña de Promociones García SL.

Además, y finalmente, se alega que la demanda no puede pedir la condena a pagar o devolver unas cantidades de dinero cuando ella misma reconoce que no las ha habido; también que en el caso del reparto de dividendos se efectuó con cargo a reservas de libre disposición y que no hubo traspaso de efectivo; que no se impugna la compensación de créditos- deudas correlativa a la suscripción de participaciones de la ampliación de capital en Extremeña de Promociones García SL, por lo que no puede entenderse una sin la otra.

TERCERO.- En el primer motivo de apelación los recurrentes denuncian la incongruencia extra petita de la sentencia, en cuanto al pronunciamiento cuarto del suplico, nunca pedido en la demanda.

Debemos recordar que el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 indica que *«Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. 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»*.

En la doctrina procesal se ha sostenido que la congruencia consiste en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión. El fundamento de la incongruencia es el respeto al principio dispositivo y el de garantía constitucional de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

La STS de 10-9-2007 señala que "el deber de congruencia, se resume en la correlación que debe existir entre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y el fallo de la sentencia (Sentencia de 10 de noviembre de 2006), relación o adecuación que, además, ha de ser sustancial, racional o flexible, en modo alguno rígida o absoluta (Sentencia de 13 de octubre de 2006, que cita otras muchas), sin que en ningún caso puede identificarse la incongruencia con el desacuerdo del recurrente con las razones o argumentaciones del tribunal, pues, como precisa la Sentencia de 12 de junio de 2000, no puede confundirse la incongruencia con un supuesto derecho a una resolución conforme a los razonamientos y postulados de las partes.

En similares términos la STS de 17-9-2008 señala que la congruencia de las sentencias (...) se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida.

El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en la sentencia 9/1998, de 13 de enero cuando sostuvo que: "para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente



indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes".

En la correlación entre pretensión y decisión, la moderna doctrina procesal propugna la superación de la concepción tradicional que identifica la incongruencia exclusivamente en la correlación que ha de existir las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia, a la luz de la interpretación de la incongruencia "extra petita" que, sin duda es el vicio de incongruencia que ofrece mayor dificultad en orden a señalar sus contornos. Cabe afirmar que es incongruente por "extra petitem" la sentencia que, no omitiendo ninguno de los pronunciamientos exigidos por las pretensiones de los litigantes, no otorgando más de lo pedido ni menos de lo aceptado por el demandado, concede algo que no es precisamente lo que se ha pedido por alguna de las partes o hace alguna declaración que no corresponde con las pretensiones deducidas por los litigantes.

Así, mientras la omisión de pronunciamiento requiere ausencia de declaración en el «fallo»; la incongruencia "extra petitem", exige la existencia de una declaración que se presenta como la exigida por la pretensión de la parte, pero por razones y fundamentos, distintos de los que se han alegado.

Y es que ocurre que las pretensiones de las partes no sólo se delimitan por lo que se pide, por el "petitum", sino además por los fundamentos fáctico-jurídicos de la pretensión, o sea por la "causa petendi". En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 julio 1983 señala que el juez "no decide adecuadamente ni con justeza cuando se aparta de los términos de la cuestión debatida, según ha sido planteada por los litigantes, alterando el elemento fáctico de la «causa petendi» con olvido de la máxima "secundum allegata et probata partium» y en consecuencia desviándose del supuesto de hecho ofrecido en la contienda, «vicio in iudicando» en modo alguno permitido por la regla « iura novit curia », que si autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas, pues lo contrario equivaldría al cambio de las pretensiones entabladas, modificando la causa de pedir y sustituyendo por otra la materia de controversia.

En similar sentido, la STS de 29 de abril de 2008 sostiene, siguiendo la doctrina de las sentencias anteriores, como la de 13 de mayo de 2002 , 25 de abril de 2005 , 25 de abril de 2006 , que los tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les hayan sometido en los escritos de alegaciones, retores del proceso, por tratarse de una exigencia de los principios de rogación y de contradicción, de modo que la alteración de los términos objetivos del proceso genera mutación de la "causa petendi" y determina incongruencia.

Ahora bien, eso, como dice la STS de 4 de marzo de 2011 , no impone la obligación de enfrentarse a los puntos de vista de las partes pues basta, como declara la STS de 12 de diciembre de 2005 , que se respete en esencia el componente fáctico y jurídico de la acción ejercitada.

El apelante sostiene que existe incongruencia en la sentencia pues en la demanda se evitó solicitar el reintegro de las prestaciones de los negocios jurídicos rescindibles y pretendió que por efecto de la rescisión la sentencia condena a algo que no permite la ley concursal: el pago de cantidades en metálico a pesar de que la demanda reconoce que en virtud de los negocios objeto de la rescisión no ha circulado dinero o metálico alguno. Se dice en el recurso que el punto cuarto del fallo, no fue nunca pedido en el escrito de demanda y que es imposible mantener la mera declaración de rescisión contenida en tal pronunciamiento judicial.

La administración concursal apelada reconoce que pidió en la demanda una condena al pago de numerario, que no se ha estimado y que se corresponde con los derechos de crédito hurtados al activo de la concursada, pero considera que desestimada dicha pretensión, no puede el juez olvidar los efectos propios de la estimación de la rescisión, sin que ello suponga incongruencia alguna.

El juez a quo, desestima la pretensión de condena dineraria porque entiende que el efecto legal propio de la rescisión de las compensaciones de créditos, deriva del efecto extensivo que tiene la declaración de ineficacia de los otros negocios jurídicos rescindibles, con los que tienen evidente relación.

Sin entrar por ahora en el acierto o desacierto en cuanto a la rescisión de las tres operaciones fundamentales expuestas en los tres primeros puntos del suplico de la demanda y recogidas en los tres primeros puntos de la sentencia, debe rechazarse el motivo de apelación al no comprobar esta Sala que la sentencia del juez a quo incurra en el vicio de incongruencia que se refiere. Es evidente e indiscutida la relación existente entre el juego de compensaciones y las tres operaciones principales a rescindir, como lo es también que fruto de dicha relación, en la demanda se expresa con claridad la rescisión de estas compensaciones con petición de que se reelaboren los libros de contabilidad -así se dice en el hecho previo con claridad meridiana-. El juez considera acertadamente que la rescisión de los negocios jurídicos pretendidos ocasiona la rescisión de las compensaciones, bien porque son parte del contenido del negocio impugnado o bien porque la compensación pierde su justa causa.



Es cierto que los apuntes contables no pueden ser impugnados por sí solos, pero sí cuando tienen una clara trascendencia patrimonial. La compensación de créditos y deudas por su evidente y nítida ligazón con las tres operaciones rescindibles, son susceptibles de verse afectados por la rescisión de las operaciones a que van ligadas y ello al margen de que la demanda haya sido más o menos afortunada por utilizar en el suplico la expresión "anulación", cuando es evidente que lo que pretende es la rescisión por reintegración o como efecto propio de la rescisión de las operaciones.

Desde esta perspectiva, es evidente que la sentencia no incurre en incongruencia y por tanto este motivo de apelación debe ser rechazado.

CUARTO. - Antes de analizar cada uno de los motivos de apelación, correlativos a cada una de las decisiones de reintegración impugnadas, debemos señalar, como antecedente preciso, la valoración probatoria de los hechos que realiza el juzgador en la sentencia, que es plenamente concorde al material probatorio obrante en autos y de la que va a partir esta Sala para la resolución del recurso.

Señaló este sentido el juez " *La sociedad concursada, Hierros García Sánchez SL, está participada al 100% por dos sociedades, Canalejas Lojoga SL y Corchuela de Jupeal SL, como nadie ha discutido, y así consta en el documento 4 de la demanda. Esta sociedad en el 21 de septiembre de 2012 presenta la solicitud del art. 5 bis de la LC, por estar en insolvencia y en periodo de negociaciones con los acreedores. Es decir, que ya en fechas anteriores los socios y administradores debían conocer la situación de insolvencia de la sociedad. Es una conclusión a la que se llega en la demanda, pero ésta es objetivamente lógica, porque el estado de insolvencia, salvo circunstancias extremas, no se consolida ni se conoce en escaso tiempo.*

Y además se entiende que ya ocurría en épocas posteriores y, en concreto, en la fecha de los negocios y actos jurídicos impugnados. Este extremo no ha sido combatido en las contestaciones, respecto del que nada se ha dicho, con lo que se da por cierto.

Menos de tres meses antes de aquella solicitud, los socios mencionados acordaron repartir dividendos con cargo a reservas de libre disposición, aminorando, como es lógico, los activos de la concursada (documento 4 de la demanda). El reparto fue de 204. 000 euros a favor de Canalejas y de 196. 000 euros a favor de Corchuela. Y se acuerda compensar esa nueva obligación de reparto de dividendos por créditos que la sociedad tenía con los socios, ya que con anterioridad, en el 2005, se había acordado permitir a la sociedad realizar préstamos a los socios. Es decir, se procede a extinguir un activo de la sociedad con los dos socios y una deuda con personas especialmente vinculadas.

La AC afirma en su demanda que las reservas disminuyeron en un 20%, dato que no ha sido discutido y se considera cierto.

Por tanto, meses antes de la solicitud de precurso y meses antes del concurso (que fue declarado a principios del año 2013) mediante este acuerdo de reparto de dividendos se produce lo siguiente: se crea una nueva obligación (aumento del pasivo) que antes no existía, a pesar de la situación de insolvencia y se compensa con créditos (activos) existentes, con socios, es decir, con personas especialmente vinculadas con la concursada; créditos líquidos, vencidos y exigibles. Uno de los extremos que se considera probado es el referido por el auxiliar delegado en el acto de la vista, y que ni siquiera ha sido cuestionado: que Canalejas Lojoga (a la que calificó de cabecera del grupo de sociedades de los hermanos Herminio Fausto) era en aquéllos momentos "hipersolvente", es decir, gozaba de capacidad suficiente como para abonar en metálico las deudas que tuviese pendientes con la concursada, deudas que superaban el millón de euros antes del cash pooling, como la contabilidad ha puesto de manifiesto y que nadie ha discutido.

Justo unos días antes de presentar la demanda de concurso, la sociedad concursada procede mediante escritura pública de 31 de enero de 2012 a realizar el siguiente negocio jurídico con las que fueran esposas de los hermanos Herminio Fausto , sustrato personal de todas las sociedades mencionadas hasta el momento. Este último extremo no ha sido discutido. En dicha escritura la sra. Milagros se declara propietaria de nueve participaciones en la sociedad García García del Acero SL, sociedad del mismo grupo empresarial que el de la concursada, Corchuela y Canalejas Lojoga. Y las vende a la concursada por un importe de 266. 129, 46 euros. Lo mismo hace la sra. Amparo que lo hace por importe de 443. 549, 10 euros.

Se considera probado que la transmisión de dichas participaciones es por un precio notoriamente exagerado, hasta el punto de considerar que fue con el único fin de dar cobertura formal y apariencia de regularidad a las compensaciones que se efectuaron en la contabilidad de la concursada, para extinguir créditos que la concursada tenía a su favor contra otras sociedades del grupo.

Es preciso exponer los motivos a través de los que se llega a esta conclusión: como dijo la AC, aplicando incluso el método más burdo y basto de valoración de las participaciones, que además es el más beneficioso para los demandados por ser el que más alto importe ofrece, se observa que el precio estipulado es notoriamente superior



al valor resultante. Un criterio lógico para conocer cuál es el valor de una participación social es conocer cómo sería el reparto del haber social en caso de liquidación, en el mejor de los casos. La AC al aplicar este criterio observa que el valor dado a una participación de la entidad García García del Acero SL es notablemente superior a la cuota de liquidación existente, según el balance de la sociedad a dicha fecha: datos y resultados que nadie ha discutido. La diferencia por participación es de 14. 557, 68 euros, es decir, un sobreprecio de 349. 384, 32 euros.

Lo explicó perfectamente el auxiliar delegado en la vista. No puede discutirse el criterio utilizado, ni es necesario un dictamen pericial, porque se entiende con los datos existentes que el valor teórico conforme la cuota de liquidación sigue siendo exagerado y que las participaciones sociales de García García del Acero SL, tendrían un valor aproximado a unos cientos de euros, por cada una.

Ello es así porque el valor de una participación social, por máximas de la experiencia, es muy reducido ya que atribuye una condición de socio prácticamente rígida sin posibilidad de transmisión flexible. Además, debe tenerse en cuenta que en este caso no otorgaba mayorías, ni capacidad de decisión (110 participaciones y se enajenan 9 y 15), con lo que el valor de la operación sería muy reducido y además, es preciso tener en cuenta la cifra de negocios o la cuenta de resultados, sabiendo de antemano la política de reparto de beneficios que ha llevado o que prevé llevar la sociedad, con lo que el precio sería bastante menor. Además, existe un dato extremadamente revelador: la coincidencia de la operación de venta de las participaciones de García del Acero SL y a su vez de la concursada, con las compensaciones que se han realizado contablemente, haciendo que los activos de la sociedad desaparezcan a cambio de extinguir pasivos que cobrarían de forma, si no relegada, sí posterior a muchos otros créditos. Se insiste en que dichas compensaciones y los datos que sostienen tal tesis no han sido combatidos.

La sociedad García García del Acero SL se identifica como empresa del grupo, junto con la concursada y otras sociedades, en la Memoria del ejercicio de 2011, aportado como documento uno de la demanda.

Más adelante se examinarán los efectos de estas conclusiones en orden a la reintegración.

El 28 de julio de 2012 se adoptó el acuerdo, elevado a público el 31 de diciembre de ese año, por el que la entidad Extremeña de Promociones García SL procede a la ampliación de capital, que es íntegramente suscrito por la concursada Hierros García Sánchez SL y por García García del Acero SL. Las aportaciones se satisficieron mediante compensación de los créditos que la sociedad tenía con la concursada y con la otra sociedad. Como alega la demanda, y no ha sido discutido, la concursada adquirió 36 nuevas participaciones por importe de 23. 400 euros en total, más una prima de 562. 788 euros. Estas participaciones fueron satisfechas por compensación de un crédito que la concursada tenía frente a dicha entidad.

A primera vista, con una visión superficial de este negocio jurídico ya se observa que carece de justificación, no sólo por el importe total del valor nominal de las nuevas participaciones, sino por la extraña prima de emisión que se pagó y por la forma de pago, con compensación de créditos vencidos, líquidos exigibles: lo que era un activo realizable se ha convertido en activo de muy difícil colocación en el concurso, en atención a lo razonado en el anterior fundamento de derecho y además por un importe que carece de justificación real, como no sea dar cobertura formal a la compensación contable que se haría después (o que se hizo con anterioridad, lo mismo da).

Esta última aseveración se justifica por lo siguiente: partiendo del criterio que mejor resultado ofrece para las tesis de las partes demandadas, se concluye que cada participación nueva se emitió por un valor nominal de 650 euros, más una prima de 15. 633 euros. Es decir, más de 15. 000 euros de diferencia entre el valor satisfecho por cada participación frente a valor liquidatorio de las mismas, ello sin considerar el objeto empresarial -la promoción urbanística-, por cuyo motivo la cuenta de resultados era desgraciadamente exigua y el balance, mermado. Los datos ofrecidos en la demanda no han sido discutidos. Por ello, se entiende probado el desequilibrio entre el valor de mercado y el valor dado a la participación en el negocio en cuestión y, además, su injustificación económica.

Si bien no se conoce el valor de mercado de cada participación, lo cierto es que no parece razonable pagar más de 15. 000 euros por participación de una sociedad limitada que no ofrece un extraordinario balance, o una atractiva cuenta de resultados. Además, no consta en las contestaciones ninguna explicación suficientemente razonada para otorgar este valor, como no fuese para poder justificar la posterior compensación contable de deudas y créditos.

Consta en la Memoria de las cuentas anuales aportadas a la demanda que la sociedad Extremeña de Promociones García es sociedad de un grupo, junto con la concursada y otras más.

En cuanto a los hechos referidos a los ajustes contables debe señalarse lo siguiente: El principal motivo de discusión sobre las cuentas de la sociedad, fue la fecha exacta en que se realizaron los apuntes contables de cash pooling discutidos. Este debate resulta baladí, sin perjuicio de que pudiera tener otra relevancia en otras secciones del concurso, pero aquí no, porque el debate se centra en el carácter rescindible, por perjuicio, de



dichos apuntes, o si puede introducirse su anulación en este incidente; pero, no es pertinente objeto de debate si existe una simulación de sus fechas. Incluso aunque las fechas de dichos apuntes sean correctas, sería posible, en abstracto, examinar su ineficacia si generan perjuicios a la masa. Por tanto, no se entrará a valorar la prueba sobre estos extremos, en especial las explicaciones del auxiliar delegado y del testigo sr. Ernesto sobre los números otorgados en el programa informático a los documentos que son contabilizados -dato que, al parecer, puede probar que un asiento ha sido realizado o no en la fecha que incluye, que sí puede ser alterada.

Por otro lado, también ha sido objeto de discusión en este procedimiento los supuestos errores de cálculo que ha realizado la demandante, sobre las compensaciones contables o sistema de cash pooling.

Ambas partes coinciden en que a cierre del ejercicio de 2011, la sociedad Canalejas Lojoga (1. 319. 914, 52 euros), Herminio y Explotación de Ganado Garsan SL, adeudaban a la concursada la cantidad de 1.395.248, 62 euros. Canalejas Lojoga es socia de la concursada.

A partir de este hecho reconocido, con independencia de los barridos contables en los que Canalejas actúa como "Banco" de los deudores o acreedores que participaban en el sistema, y con independencia de los valores contables apuntados, lo cierto es que las tres operaciones efectuadas (que son objeto de impugnación) fueron contabilizadas. Y no se ha negado que todos los datos contables pertenecen a activos o pasivos reales (como no podría ser de otro modo). Este último extremo es muy relevante.

También resulta relevante que si los datos ofrecidos en la demanda y expresamente admitidos, son los reales, por mucho que se pretenda hacer ver un posible error de suma en el cuadro de la página 11 de la demanda (cierto que faltan unos 300. 000 euros), el resultado para la concursada nunca es igual al que tenía al cierre del ejercicio de 2011. Al cierre de dicho ejercicio tenía un saldo favorable de 1. 395. 248, 62 euros. Contando con los 342. 380, 55 euros de error que no se han incluido en el cuadro 11, se comprueba que el saldo al cierre del ejercicio de 2012, un año después es de 300.108, 27 euros, aplicando los cálculos del cuadro existente en la página 13 de la demanda. Es decir, que no se prueba que el resultado sea el mismo para la concursada en la ejecución del sistema descrito.

Estos son los datos más importantes del sistema cash pooling: la realidad de unos negocios jurídicos impugnados y su contabilización, partiendo de la realidad de los activos y los pasivos que han sido contabilizados".

QUINTO.- Conviene comenzar por afirmar que suele ser frecuente en la práctica mercantil que no haya una coincidencia en el tiempo entre la insolvencia del deudor y la declaración del concurso. Es habitual que antes de que se declare el concurso, exista un periodo más o menos largo, en el que el deudor se encuentre ya en estado de insolvencia o, si se quiere, de concurso de hecho, pero intente por todos los medios eludir la quiebra declarada judicialmente en evitación de sus efectos.

En ese periodo anterior a la declaración del concurso, es posible que el deudor, en previsión de su ruina, proceda a desprenderse de parte de sus bienes, colocándolos en manos de personas de su entorno familiar o personal, favorezca a acreedores determinados de forma anticipada a la que resultaría del vencimiento de sus obligaciones, para apartarlos así de la ejecución colectiva inminente, en perjuicio de todos sus acreedores o intente retrasar las consecuencias legales derivadas de la crisis económica.

Como apunta ROJO, en la reintegración de la masa pugnan dos intereses en conflicto, el de la masa pasiva a una reintegración máxima, y el interés de la seguridad del tráfico, favorecedor de una alteración mínima de los actos realizados por el deudor.

La Ley concursal supone en materia de reintegración un cambio radical de planteamiento con nuestro derecho histórico, prescindiendo por completo del sistema de retroacción y optando por un sistema de acciones impugnatorias.

La nueva regulación pone el acento para operar la rescisión, en la circunstancia de que los actos en cuestión sean perjudiciales para la masa activa, con independencia de la intención fraudulenta perseguida. Se acoge así un sistema de acciones específicas de reintegración, destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

De este modo, queda claro que deben concurrir dos requisitos para rescindir los actos realizados por el deudor con carácter previo a la declaración del concurso:

- a) que los actos sean perjudiciales para la masa
- b) que se realice tal acto en los dos años anteriores a la declaración.

En cuanto al primero de los requisitos, supone conectar claramente el sistema de reintegración con la finalidad que le es propia. Si la misma es un instrumento que tiene como función evitar que en el periodo previo a la



declaración judicial de quiebra, el deudor realice actos que puedan perjudicar a la masa activa, debilitando su patrimonio, que es la garantía de los acreedores, solo podrá anularse el acto que haya provocado ese perjuicio para la masa. La clave, por tanto, es el perjuicio para la masa, que se deriva de haberse realizado un acto o negocio jurídico que ha producido una disminución en el patrimonio del deudor o una pérdida de valor del mismo. El perjuicio es claro en los actos gratuitos, ante la natural falta de contraprestación al desplazamiento patrimonial realizado por el deudor. En los actos o negocios a título oneroso, el perjuicio para la masa derivara de la falta de equivalencia de la prestación realizada por quien contrata con el deudor, respecto la que éste efectuó.

No es preciso que exista una relación de causalidad entre el acto del deudor y la situación de insolvencia, siendo suficiente que el acto haya provocado una reducción del patrimonio del deudor o haya impedido un incremento del mismo.

El perjuicio no debe entender en sentido estricto, como disminución del activo. Tal y como se ha sostenido en la doctrina (LEÓN), para delimitar el perjuicio ha de atenderse al "*principio de paridad de trato*", de suerte que el perjuicio ha de apreciarse también por referencia al conjunto de los acreedores, a la masa pasiva, no solo a la masa activa, entendiéndose que existe perjuicio cuando el acto impugnado impida, disminuya o dificulte la satisfacción colectiva de los acreedores concursales.

En segundo lugar, se opta por el criterio legal para la determinación del periodo de retroacción, descartando, ni siquiera como complementario, el criterio judicial. El criterio legal para la determinación de la situación de insolvencia, supone que solo pueden impugnarse los negocios que se hubieren concluido por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso.

La nueva Ley Concursal articula un sistema de reintegración que se caracteriza, entre otras cosas, por establecer junto a un principio general de prueba del perjuicio patrimonial a cargo de quien ejercita la acción de reintegración, la concesión a los impugnantes de facilidades en materia probatoria en otros supuestos, a través del juego de presunciones, algunas "*iuris et de iure*" y otras que admiten prueba en contrario, y para cerrar, se establece una cláusula de exclusión del sistema de reintegración para otros actos que se detallan en la Ley.

SEXO.- Se denuncia por los apelantes la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión respecto de la operación del reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición aprobado en la junta general de socios de HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L. de 10 de julio de 2012, realizado apenas dos meses antes de la presentación de la comunicación del artículo 5 bis de la LC . (21 de septiembre de 2012)

En la demanda se impugnaba el acuerdo de junta universal de la concursada de 10 de julio de 2012 de reparto de dividendos con cargo a reservas de libre disposición, que fue elevado a público el 31 de diciembre de 2012. El Juez entendió que en la demanda también se impugnaban las compensaciones de deudas que los socios y la sociedad realizaron como medio de extinción de la obligación de la concursada de pagar dividendos.

Pues bien, a partir de aquí el Juez a quo considero que el acuerdo que consiste en el reparto de dividendos es por sí mismo rescindible porque ya hace aumentar el pasivo de la sociedad, disminuyendo los activos de la misma. Se entiende por el juez irrelevante el hecho de que probablemente los socios no hubieran de cobrar nunca tales dividendos, por tratarse de un crédito subordinado (arts. 92 y 93 de la LC), pero es que el reparto se acuerda con cargo a reservas de libre disposición. Al tratarse de reservas de libre disposición hace que el acuerdo no vulnere normas imperativas en un principio, y que no pueda ser objeto de anulación, pero ello no evita que no sea objeto de rescisión, según el juez a quo, porque dispone de activos líquidos que pueden ser objeto de realización a favor de los acreedores.

El juez entiende que estamos ante una operación reintegrable aunque se entienda que no sale ningún euro del patrimonio social, al existir compensaciones de los créditos, reflejadas en el *cash pooling* . Aunque se impugna el reparto de dividendos éste ha de conectarse necesariamente con el sistema mencionado.

Se entiende que en un principio las compensaciones de créditos no son impugnables por la vía de la rescisión si concurren los requisitos del art. 58 de la LC . Es decir, si el deudor concursado y el acreedor tiene varios créditos compensables y se compensaron (bien sea por medio de negocio jurídico o por aplicación de la ley) o procedería su compensación, porque sus requisitos concurrían antes de ser declarado el concurso. Pero, en este caso reparto de dividendos y compensación van de la mano y no se pueden entender el uno sin la otra (de hecho en el propio acuerdo impugnado ya se pacta compensar el reparto de dividendos con créditos). No se trata de compensación de créditos ya existentes, sino creación de un crédito para compensarlo posteriormente. De esta forma los activos con que contaba la concursada frente a los socios, que eran créditos exigibles y líquidos contenidos en la contabilidad, se han extinguido, con reparto de dividendos que por sí solos -al acordarse en situación de insolvencia- perjudican a la masa, son rescindibles.



Estas compensaciones se han efectuado, se dice, mediante el sistema tan complejo del *cash pooling*, que no ha demostrado que permita que la concursada tenga igual situación al cierre del ejercicio de 2011 con el cierre del ejercicio de 2012, como se dijo anteriormente. Debe hacerse constar, además, que el sistema es correcto en cuanto a *netting* de saldos entre las sociedades que participan en el mismo, como operativa cotidiana. Pero, en este caso, siendo inminente el concurso, se realiza un negocio jurídico con el fin de realizar un saldo en el que la concursada deja de tener activos relevantes frente a las sociedades que la integran y a cambio constituye nuevas obligaciones que no existían con anterioridad, creadas ex novo.

El resultado de esta operación es la constitución de una nueva obligación que de por sí es rescindible, como es el reparto de dividendos en situación de insolvencia y que se compensa con créditos de los socios, Canalejas Lojoga, que eran realizables directamente al ser vencidos, líquidos y exigibles. Así, la concursada, ni sus acreedores, pueden ver satisfecho crédito alguno por haber compensado otras obligaciones que no tenía que haber asumido en ningún modo.

Incluso se considera que de no haberse realizado esta operación, luego contabilizada, la concursada tenía a su favor un crédito muy importante con que satisfacer a sus acreedores, pero benefició a sus socias y benefició a otras sociedades en las que participaba o participan los hermanos Herminio Fausto, personas físicas que configuran el substrato último de las sociedades mencionadas. Por ello, se entiende que este negocio jurídico se colocó en medio del sistema de *cash pooling*, para que dichas personas vinculadas no tuviesen que hacer frente a esos créditos, con difíciles posibilidades de lograr la satisfacción de los suyos propios; se cuestiona que este negocio podría ser un verdadero negocio jurídico simulado por la finalidad a la que atiende, aunque ello no es objeto de debate.

Por tanto, se entiende que los acuerdos de reparto de dividendos son perjudiciales para la masa en casos de insolvencia o en casos en que la insolvencia es inminente, incluso con cargo a reservas, si se han realizado dentro del periodo de dos años que establece la ley. Y por derivación, o por sí mismas, las compensaciones también son rescindibles, al haberse creado una de las obligaciones compensadas, con tal fin en situación de insolvencia.

Esta rescisión tiene su fundamento en el art. 71.1 LC (probado el perjuicio) y en el art. 71.3.1º LC (porque los beneficiarios del negocio rescindido son dos socios, conforme el art. 93 de la LC).

Las apelantes sostienen que la sentencia desconoce la naturaleza y caracteres de las reservas voluntarias de libre disposición y, en concreto, que el derecho de crédito del socio a participar en los resultados sociales que están depositados en dichas reservas voluntarias no se crea ex novo en la junta que decide el reparto, porque el derecho a la percepción de resultados es inherente a los títulos y existe desde la suscripción y desembolso en los mismos, con independencia de cuando se materialice. Por otro lado, se indica que los apelantes desconocían la existencia de un resultado negativo de la entidad luego concursada, aunque si sabían que las cosas no marchaban bien y cumplieron la regla del respeto del límite del mínimo del patrimonio neto conforme a lo dispuesto en art. 273.2 de la LSC, teniendo completo derecho a acordar el pago de un dividendo sobre todo porque el cumplimiento del acuerdo del reparto no comprometió en modo alguno dinero de la compañía existente a la fecha del acuerdo, ni menoscabo la liquidez o solvencia de la firma, dado que los socios presentes en la junta universal convinieron que el pago se verificarse por compensación de créditos.

Pues bien, el recurso debe ser rechazado. Es evidente que el acuerdo social de distribución de dividendos es un acto de disposición patrimonial unilateral del deudor generador de una deuda y de un derecho de crédito de los socios y ello con independencia de que el reparto de dividendos no supusiera salida de efectivo, pues en todo caso supuso, una disminución de la masa activa del concurso, en claro perjuicio para los acreedores de la concursada y ello al margen de que se respetaran los límites legales en el reparto de los dividendos, lo que aquí es irrelevante porque no estamos ante una acción de impugnación de acuerdos sociales, sino ante una acción de reintegración donde lo fundamental es estudiar si el acto ha sido o no perjudicial para la masa activa. En este sentido, resulta indiscutible que la compensación practicada ocasionó un perjuicio a la masa activa al desaparecer los créditos por compensación para el pago de unos créditos que, no olvidemos, tenían todas las posibilidades de ser calificados como subordinados. Debemos recordar que esa operación se realiza de manera previa a la presentación del escrito del artículo 5 bis de la LC por la luego concursada, transcurriendo entre un acto y otro poco más de dos meses. En estas circunstancias la minoración de las reservas en más de un 20 %, articulando como pago del dividendo la compensación de deudas vencidas a favor de la concursada que mantenían en ese momento tanto los socios como las empresas vinculadas es un claro acto perjudicial, por tratamiento desfavorable a los acreedores ajenos a la operación que, de no haber existido aquel acto, gozarían de una masa activa mas robusta, en garantía de la satisfacción de sus créditos.

Por todo ello, debe rechazarse este motivo y confirmarse la sentencia en este punto.



SEPTIMO. En el siguiente motivo de apelación se denuncia la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión de la compra por HIERROS GARCÍA SANCHEZ S.L de participaciones sociales de la mercantil CARCIA GARCÍA DEL ACERO S.L., el 31 de diciembre de 2012.

Se impugna el negocio incluido en la escritura de 31 de diciembre de 2012, con el número de protocolo 1476 y por el que la concursada, Hierros García Sánchez SL, adquiere participaciones sociales de la sociedad García García del Acero SL, a las esposas de los hermanos Herminio Fausto , sustrato personal de las sociedades, Canalejas Lojoga, Corchuela de Jupeal, Hierros García Sánchez, etc.

El juzgador, considera perjudicial la operación por constituir una obligación nueva de naturaleza onerosa (el precio de la adquisición), sin justificación económica, como no fuese las compensaciones unilaterales de saldos, que no pueden ser realizadas, como se razonó antes, en consideración a la especial situación de la concursada, en la que era muy próxima la solicitud de insolvencia y habiéndose realizado una vez presentada la comunicación previa del art. 5 bis de la Ley concursal .

Y dice que dicho negocio carece de justificación *"por el extraordinario valor otorgado a las participaciones que no se corresponde con la realidad de una sociedad limitada, de ámbito cerrado y familiar, con una reducida capacidad de beneficios y con un balance no abultado. Como se dijo antes, en el mejor de los casos y acudiendo a una burda valoración que dé un máximo hipotético, el precio de las participaciones ni siquiera es aproximado al valor liquidatorio (sino muy superior), y es palmario y manifiesto que su valor de mercado sería notoriamente inferior a aquél "*. Considera dicha operación perjudicial para la masa a partir del precio que fue establecido para las compensaciones de los saldos contables.

Con independencia de que este negocio jurídico de adquisición sea rescindible o no por la vía del art. 71.3.1º de la LC (en consideración a la titularidad del capital social, porque las partes del contrato son la concursada y terceras personas no socias de la concursada), entiende que sí puede considerarse perjudicial por la cláusula general del art. 71.1 LC .

Se entiende que el contrato impugnado es un contrato sinalagmático y oneroso. Debe considerarse que este tipo de contratos no son por sí mismos perjudiciales, siempre que se valore la existencia de equilibrio entre las prestaciones y las circunstancias en cuyo caldo de cultivo se celebró tal negocio. Una de estas circunstancias específicas que deben considerarse, entre otras, es la existencia de insolvencia, como en este caso demuestra el hecho de que el contrato fue celebrado con posterioridad a la presentación de la solicitud del art. 5 bis de la LC y poco tiempo antes de la solicitud de concurso voluntario. A partir de aquí si el contrato es equilibrado, tanto en el sentido jurídico como económico, no existirá perjuicio. Le corresponde a la AC la prueba de dicho perjuicio y se considera que lo ha logrado, conforme el art. 217 de la LEC .

Pues bien, en estas circunstancias considera al juez el perjuicio de la existencia de insolvencia, la celebración de una compraventa de participaciones sociales con precio manifiestamente irreal, y que el precio estipulado lo es con el fin de realizar el *cash pooling* ; este es realizado para que antes del concurso las sociedades más o menos vinculadas con la concursada no resulten deudoras y acreedores con peor situación en cuanto al cobro de sus créditos, respecto de otras sociedades. También se tiene en cuenta la circunstancia de que el negocio se celebra con las esposas de los hermanos Herminio Fausto , sustrato personal y último de las sociedades que hasta el momento se han mencionado. Y es notorio el desequilibrio porque a cambio de participaciones que tienen un valor muy reducido (y de difícil realización, por no decir imposible) se pacta el pago de un precio elevadísimo para las circunstancias y se extingue con créditos de la concursada.

Pues bien, los apelantes entienden que no se ha acreditado el perjuicio y que la valoración de ambas compañías fue incorrecta, ya que únicamente pondera el valor contable de los activos y no sirve para valorar el precio de una compañía en funcionamiento.

Como viene diciendo esta Audiencia Provincial, debe ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985 , 13 de junio de 1986 , 13 de mayo de 1987 , 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.



Por otro lado, esta Audiencia, de forma constante y en términos generales, viene manteniendo que " la circunstancia de que, entre las partes contendientes, existan posturas contrapuestas o contradictorias en orden a la cuestión litigiosa que, en concreto, se suscite no supone necesariamente un impedimento insuperable para que aquella cuestión pueda dirimirse con el suficiente criterio si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan llegar a una convicción objetivamente razonada; de manera que, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Ciertamente, con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2.000, de 7 de Enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluyéndose, evidentemente, la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar de viso propio no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas no debe olvidarse que la actividad valorativa del órgano Jurisdiccional se configura como esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general y hasta con una cierta lógica, aparece con tintes parciales y subjetivos".

Pues bien, a la vista lo actuado realmente los apelantes atacan la sentencia en este punto desde la perspectiva de la discrepancia con la valoración probatoria de la prueba pericial practicada. No puede aceptarse el recurso de apelación. Más allá del método empleado lo cierto es que el perito expuso un criterio razonado frente al que los apelantes no contradicen con otro criterio pericial. En esas circunstancias debemos respetar la valoración realizada por el juez de la primera instancia que es lógica, coherente y ajustada las pruebas practicadas.

OCTAVO.- En el siguiente motivo de apelación se denuncia la inexistencia de perjuicio que ampare la rescisión la suscripción de la ampliación de capital de EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCÍA.

Se está refiriendo al que fue tercer negocio jurídico objeto de impugnación por rescisión, es decir, al acuerdo de ampliación de capital y la asunción de nuevas participaciones con prima de emisión de la sociedad Extremeña de Promociones SL.

Siguiendo al juez de la primera instancia el acuerdo fue elevado a público mediante escritura de fecha de 31 de diciembre de 2012 (número de protocolo 1475). El acuerdo es de 28 de julio de 2012, pero se entiende que el desembolso por compensación se lleva a cabo con la ejecución del acuerdo, mediante la firma de la escritura.

Según el documento siete, la sociedad Extremeña de Promociones García SL, está administrada por Herminio , persona física integrante y/o administrador de las sociedades que se han mencionado: la concursada, Canalejas Lojoga, etc. El acuerdo social adjunto a la escritura hace constar que los socios son la concursada y García García del Acero SL. Y se certifica en el informe de ampliación de capital que la entidad Extremeña de Promociones adeuda una serie de cantidades a la socia Hierros García Sánchez, la concursada.

Se acuerda que las aportaciones nuevas por suscripción de nuevas participaciones con prima se realicen con compensación de dichos créditos. Por tanto, la ampliación de capital fue realizada para extinguir por compensación tales créditos a favor de Extremeña de Promociones.

Pues bien, el juez entiende que en situaciones normales u ordinarias es una operación corriente y permitida legalmente, incluso con prima de emisión. Pero no en este caso, al considerar que la suscripción de participaciones y la compensación, son perjudiciales para la concursada.

Debe partirse del resultado de este acuerdo: la extinción de créditos dinerarios, vencidos y exigibles contra o en detrimento del patrimonio de la concursada, a cambio de participaciones con prima de una sociedad del grupo, sobre la que no existe prueba sobre su justificación económica.

Añade que como se dijo antes, nada obsta a que las compensaciones realizadas antes del concurso puedan producir efectos, sin que contra ellas quepa reintegración; pero no en las compensaciones de obligaciones creadas ad hoc. La asunción de nuevas participaciones como negocio oneroso con el único fin de extinguir un crédito de la concursada contra una sociedad del grupo es perjudicial, porque resta un activo líquido a los acreedores y no recibe un activo equivalente, fácilmente realizable al igual que dicho crédito y con un valor notoriamente inferior.

Este valor es notoriamente inferior al crédito. Como se dijo antes respecto del negocio de compraventa de participaciones, no existe prueba que justifique un valor tan alto para dichas nuevas participaciones, a la que se suma la prima de emisión.



En opinión del juzgador se aprobó en la junta universal de ampliación para hacerla coincidir con las cifras del *cash pooling*, es decir, para poder compensar las deudas que se dice reconocer a favor de la concursada contra la sociedad cuyo capital se amplía, administrada por uno de los hermanos Herminio Fausto. Si la prima tiene como principal misión evitar la pérdida de valor efectivo de las anteriores participaciones en aquellas sociedades con un patrimonio neto superior al capital social, respecto de las nuevas participaciones, se considera que tendrá mayor justificación cuanto mayor sea el patrimonio social. Y la prima establecida es mayor a los 500.000 euros, sin que exista constancia de la situación de la sociedad Extremeña de Promociones, constando que a cierre del ejercicio de 2011 esta sociedad tenía unos fondos propios exigüos de 93.900 euros y una cifra de ventas de 54.761,33 euros.

La suscripción de dicho capital con compensación de créditos es un contrato sinalagmático de naturaleza onerosa y dispositiva y se realiza a favor de una sociedad que no es socia de la concursada, pero que podría integrar grupo de sociedades (a los efectos del art. 93.3 y 71.3 de la LC), a la luz de lo que señalan las cuentas anuales aportadas con la demanda (Memoria).

No obstante, se entiende que no es necesario entrar a valorar si a los efectos concursales se trata de sociedades en grupo o no - al menos en este incidente-. Se considera que está probado el perjuicio por la cláusula general del art. 71.1 de la LC, sin que se considere ninguna incongruencia, como se razonó en el anterior fundamento.

Se recurre en apelación esta decisión porque la ampliación de capital se realizó por compensación de créditos que la concursada ostentaba frente a la otra entidad y sin que por tanto saliera ni un solo euro de la misma hacia los socios, ni ningún otro activo generador de flujo de caja continuado. Lo único que se consiguió con esta operación fue materializar un derecho de crédito a través de la adquisición por la concursada de participaciones sociales, sustituyendo un activo por otro. Se sostiene que no hay perjuicio pues la eliminación del derecho de crédito ha resultado compensada por una reducción del pasivo. Por otro lado, alega la probabilidad que la rescisión de la suscripción de la ampliación de capital tendría la declaración del concurso de Extremeña de Promociones García S.L. y la correspondiente subordinación del crédito a favor de la concursada.

Pues bien, una vez más debe refrendar esta Sala la opinión del juzgador de la primera instancia, que parte de las pruebas practicadas, de las que se deduce que no existe prueba que justifique un valor tan alto para dichas nuevas participaciones, a la que se suma la prima de emisión, también injustificadamente elevada. Por otro lado, la reducción del pasivo que pretende compensar el acto no tiene justificación pues los derechos de crédito a favor de la concursada tendrían consideración relevante en el activo, en beneficio otros acreedores, mientras que el crédito de las empresas del grupo tenía carácter subordinado y no perjudicaría al derecho de cobro de los acreedores que tuviere mejor condición.

En cuanto al segundo argumento de la apelación se funda en una hipótesis alejada del objeto de este litigio como es la probabilidad que la rescisión de la suscripción de la ampliación de capital tendría la declaración del concurso de Extremeña de Promociones García S.L. y la correspondiente subordinación del crédito a favor de la concursada.

Por ello, también debemos confirmar la sentencia en este punto desestimando el recurso de apelación.

NO VENO.- Por parte de la administración concursal se impugna la sentencia frente al pronunciamiento que desestima el resto de las pretensiones articuladas en la demanda, entendiéndose que debe prosperar la reclamación de condena pecuniaria a reintegrar a la masa activa las cantidades interesadas la demanda. En concreto se interesaba la condena a Canalejas Lojoga S.L., Corchuela de Jupeal y Extremeña de Promociones García S.L., a pagar en metálico la concursada, respectivamente, las cantidades de 204.000 €, 196.000 € y 586.188 €, a título de reintegrar la masa activa de los bienes que fueron objeto de las operaciones rescindidas.

El juzgador de la primera instancia rechazó esta pretensión por contradictoria con el hecho, afirmado por la administración concursal, de que en las operaciones impugnadas objeto de reintegración no había circulado dinero alguno de la concursada hacia el resto de las apeladas, al haberse producido pagos por compensación de créditos entre la concursada y el resto de las entidades.

Pues bien, el criterio del juzgador es acertado pues de acceder a lo interesado por la administración concursal se produciría sin duda una duplicación rescisoria: por una parte de la rescisión de las compensaciones de crédito realizadas al amparo de los negocios rescindidos y por otro lado que las demandadas paguen a la concursada esas mismas cantidades.

Por ello, la impugnación debe ser rechazada y confirmada la sentencia.



DECIMO.- De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C . las costas del recurso de apelación se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso y las de la impugnación a la impugnante

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **HIERROS GARCÍA SÁNCHEZ S.L., CANALEJAS LOJOGA S.L., CORCHUELA DE JUPEAL S.L. y EXTREMEÑA DE PROMOCIONES GARCÍA.** y se desestima la impugnación formulada por la **ADMINISTRACIÓN CONCURSAL** contra la sentencia núm. 42/2014 de fecha 2 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Cáceres , en funciones de Juzgado de lo Mercantil, en autos núm. 64/2013, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** la expresada resolución; con imposición de costas del recurso de apelación a la parte apelante y las de la impugnación a la impugnante.

Notifíquese esta resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009 , en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia, como Secretaria. Certifico.

DILIGENCIA .- Seguidamente se dedujo testimonio para el Rollo de Sala. Certifico.