



Roj: **STS 1228/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1228**

Id Cendoj: **28079110012014100143**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/03/2014**

Nº de Recurso: **1472/2012**

Nº de Resolución: **174/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Marzo de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación núm. 1472/2012, interpuesto por la Procuradora D.^a Cristina Torregrosa Gisbert, en nombre y representación de D. Nemesio , representado ante esta Sala por la Procuradora D.^a Beatriz de Mera González, contra la Sentencia núm. 155/2012, de 30 de marzo, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, en el recurso de apelación núm. 880-M 325/11 , dimanante de las actuaciones de concurso ordinario núm. 298/2009 (sección sexta de calificación), seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. Ha sido parte recurrida la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX, S.L.U.", no encontrándose personada ante esta Sala. Ha intervenido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La entidad "SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX, S.L.U", al realizar la solicitud de declaración de concurso, solicitó la liquidación. Declarado el concurso con el núm. 298/2009, el Magistrado Juez de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, dictó auto, con fecha 23 de febrero de 2010 , cuya parte dispositiva disponía:

- » 1.- Se acuerda poner fin a la fase común.
- » 2.- Se decreta la apertura de la fase de liquidación y apórtese testimonio del inventario de la masa activa que consta en el informe definitivo.
- » 3.- Se acuerda la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX S.L.U., sobre su patrimonio, con todos los efectos previstos en el Título III de la Ley Concursal.
- » 4.- Se declara la disolución de la mercantil SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX S.L.U. así como en todo caso el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal.
- » 5.- Se declara el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquéllos que consistan en otras prestaciones.
- » 6.- Preséntese por la administración concursal en el plazo de 15 días el plan de liquidación previsto en el art. 148 LC , debiendo contener una enumeración de todos los activos reflejados en el inventario con su valoración y las formas concretas propuestas en cada caso para su enajenación.
- » 7.- Procédase a la formación de la sección sexta de calificación del concurso, con testimonio de la presente y demás particulares previstos en el art. 167 LC , así como informe de la administración concursal del artículo 74 LC (sin inclusión de anexos por su volumen).



Dentro de los 10 días siguientes a la última publicación del presente auto, cualquier acreedor o persona con interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección sexta alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable (Art 168 LC).»

SEGUNDO.- El Procurador D. Juan Ivorra Martínez, en nombre y representación de la entidad "MONTES DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA, UNICAJA" presentó escrito por el que suplicó al Juzgado: «[...] califique el concurso como culpable, declarando como personas afectadas por esta calificación al administrador único de SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX, S.L.U., D. Nemesio y a las entidades vinculadas HOTOFI, S.L.U., y ZOTRA, S.L.U. como cómplices.»

TERCERO.- Posteriormente, el Sr. Ivorra Martínez solicitó se tuviera a la entidad "MONTES DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS DE RONDA, CÁDIZ, ALMERÍA, MÁLAGA Y ANTEQUERA, UNICAJA" por desistida del procedimiento concursal y apartada de de la sección de calificación.

CUARTO.- Transcurrido el plazo sin que acreedor o persona alguna que acreditara interés legítimo se encontrara personado en la sección de calificación, se emplazó al administrador concursal para que procediera a presentar el informe a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

QUINTO.- D. Anibal , D. Cipriano y D. Evaristo , administradores concursales de la entidad "SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX, S.L.U", presentaron informe sobre calificación del concurso, en el que propusieron: «[...] se dicte resolución calificando el mismo como culpable con las siguientes peticiones de condena:

A).- Que al amparo del artículo 172.2.2 de la L.C . se solicita la inhabilitación del administrador único D. Nemesio , para la administración de bienes ajenos durante el periodo de dos años.

B).- Se solicita la condena para el administrador único D. Nemesio , de acuerdo con lo señalado en el artículo 172.2.3 de la L.C., a indemnizar los daños y perjuicios causados por su administración irregular, habida cuenta del déficit patrimonial existente en la empresa concursada en los siguientes importes:

a).- La suma de doscientos noventa y seis mil setecientos euros (296.700 euros).

b).- El 10% del déficit patrimonial que presenta la mercantil concursada, de acuerdo con lo señalado en los textos definitivos presentados por la AC.

c).- Los importes que por costas procesales deba satisfacer la concursada como consecuencia de la demanda interpuesta contra la mercantil Urbincasa S.L.

d).- Los importes que la mercantil concursada debe hacer efectiva en la liquidación del concurso a la entidad SA NOSTRA, hasta el límite de 500.000 euros, como consecuencia del aval prestado a las mercantiles Zotra SLU y Hotofi SLU, en el supuesto de que tales créditos no fueran satisfechos por sus deudores principales a la citada entidad bancaria SA NOSTRA.

C).- » No se solicita la pérdida de derechos como acreedor concursal del citado administrador, al no ostentar tal cualidad.»

SEXTO.- Presentado el informe para la calificación del concurso por los administradores concursales, se ordenó dar traslado de la sección sexta al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal se mostró conforme con la calificación propuesta, así como con el alcance de culpabilidad a D. Nemesio , a quien consideraron procedía inhabilitar para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona por un periodo de dos años. Asimismo manifestó su conformidad con la cuantía que los administradores concursales habían propuesto en concepto de daños y perjuicios, con el pago de las costas procesales que se devengarán en el juicio seguido contra Urbincasa, S.A. así como con los importes que la concursada debía hacer efectivos en la liquidación del concurso a la entidad Sa Nostra como consecuencia del aval prestado a Zotra, S.L.U. y Hotofi, S.L.U. Sin embargo, manifestó su desacuerdo tanto con la cuantificación que los administradores concursales efectuaron por el resto de actuaciones del administrador de la concursada del 10% del déficit patrimonial como con la pérdida de derechos del administrador para ostentar la cualidad de acreedor concursal.

SÉPTIMO.- Presentado el informe de calificación por el Ministerio Fiscal, se dio traslado a la representación procesal de la concursada para que pudiera manifestar lo que a su derecho conviniera. Asimismo, se acordó emplazar a D. Nemesio .

OCTAVO.- La Procuradora D.^a Cristina Torregrosa Gisbert, en nombre y representación de la concursada, se opuso a la calificación del concurso como culpable y suplicó al Juzgado: «[...] dicte sentencia en la que se califique el concurso como fortuito, desestime todas las peticiones de condena que solicitan tanto la



Administración Concursal como el Ministerio Fiscal, declarando la libre absolución de D. Nemesio de las mismas y con expresa imposición de costas a quien se opusiere a dicha declaración.»

Asimismo, la Sra. Torregrosa Gisbert, actuando en nombre y representación de D. Nemesio , presentó escrito en el que solicitó al Juzgado: «[...] se sirva dictar sentencia por la que se desestimen total e íntegramente las pretensiones formuladas por el Ministerio Fiscal y la administración concursal en sus respectivos informes, en especial respecto a la calificación del presente concurso como culpable, y se califique por este Juzgado el presente concurso como fortuito, con expresa imposición de costas a las actoras.»

NOVENO.- Señalado día para la celebración de vista, se acordó citar a las partes y al Ministerio Fiscal, con entrega de copia de los escritos de oposición y de los documentos acompañados.

DÉCIMO.- El Magistrado Juez de lo mercantil núm. 1 de Alicante, dictó la Sentencia núm. 193/2011, de 28 de junio , cuyo Fallo disponía: «Que estimando parcialmente las pretensiones formuladas por la administración concursal y el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro:

- a) Que el concurso de SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX SLU es culpable.
- b) Que el administrador de SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX SLU, Nemesio , tiene la condición de persona afectada por la calificación.

Y debo condenar y condeno a Nemesio a:

- a) Dos años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo.
- b) A abonar a la masa 296.700 euros en concepto de daños y perjuicios.

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

Tramitación en segunda instancia

UNDÉCIMO.- Contra la sentencia dictada en primera instancia, se interpusieron por la Sra. Torregrosa Gisbert sendos recursos de apelación en nombre y representación de la concursada y del administrador concursal único, de los que se dio traslado a las demás partes.

DUODÉCIMO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición a los recursos de apelación interpuestos, en el que solicitó la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia.

DECIMOTERCERO.- La resolución de los recursos de apelación interpuestos correspondió a la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria, que lo tramitó con el núm. de rollo 880-M325/11 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 155/2012, de 30 de marzo , cuyo Fallo decía: «Con estimación parcial de los dos recursos de apelación deducidos contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de fecha veintiocho de junio de dos mil once , en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos la mencionada resolución por las razones contenidas en la presente resolución, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en esta alzada y acordando la pérdida de los depósitos constituidos para la preparación de los recursos.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

DECIMOCUARTO.- D.^a Cristina Torregrosa Gisbert, en nombre y representación de D. Nemesio , interpuso recurso de casación contra la Sentencia núm. 155/2012, de 30 de marzo, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de Marca Comunitaria , con base en los siguientes motivos:

- » 1.º) Infracción de lo dispuesto en el artículo 164.2.5º de la Ley Concursal por aplicación indebida.
- » 2.º) Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación del artículo 164.2.5º LEC infringido, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, representada por la contenida en la sentencia que se recurre y en la Sentencias de fecha 10 de septiembre de 2009 de la misma Audiencia Provincial , y en las Sentencias de fecha 5 de junio de 2009 de la Audiencia Provincial de Granada y las de 16 de junio de 2011 y 29 de noviembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 8 de febrero de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra.»

DECIMOQUINTO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personado D. Nemesio , a través de la Procuradora mencionada en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 2 de abril de 2013, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

- »1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DON Nemesio , contra la Sentencia dictada, en fecha 30 de marzo de 2012, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), en el



rollo de apelación nº 880/M-325/2011 , dimanante de los autos de concurso ordinario nº 298/2009 (sección sexta de calificación), del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante.

» 2º) Y no constando personadas las partes recurridas, a los fines previstos en el art. 485 LEC , dése traslado al Ministerio Fiscal por veinte días.»

DECIMOSEXTO.- El Ministerio Fiscal impugnó el recurso de casación interpuesto.

DECIMOSÉPTIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

DECIMOCTAVO.- Mediante Providencia de 3 de febrero de 2014, se nombró Ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 13 de marzo de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- En la sección de calificación del concurso de la entidad "SISTEMAS CONSTRUCTIVOS NARTEX, S.L.U." fue dictada sentencia en la que se calificó el concurso como culpable, se declaró que el administrador social, D. Nemesio , tiene la condición de persona afectada por la calificación, y se condenó a dicho administrador a dos años de inhabilitación y a abonar a la masa 296.700 euros en concepto de daños y perjuicios.

La causa de calificación del concurso como culpable era la prevista en el art. 164.2.5º de la Ley Concursal , esto es, la salida fraudulenta de bienes o derechos del patrimonio del deudor.

2.- El recurso de apelación interpuesto por la sociedad concursada y su administrador fue desestimado por la Audiencia Provincial de Alicante.

Ésta fijaba los hechos que integraban la causa de calificación del concurso como culpable de la siguiente manera:

«1.-) en fecha 22 de septiembre de 2005, Don Nemesio suscribe con BARCLAYS BANK un préstamo personal por importe de 300.000.- €.

2.-) el referido préstamo fue destinado en la misma fecha a la ampliación de capital de NARTEX que asumió el único socio Don Nemesio .

3.-) el mismo día 22 de septiembre de 2005, la suma de 300.000.- € se invirtió en un fondo de inversión, BARCLAYS FONDOS, pignorándose en garantía de la devolución del préstamo personal los derechos sobre las participaciones en el fondo de inversión.

4.-) el día 30 de marzo de 2008, un año antes de la declaración de concurso, al no poder hacer frente Don Nemesio a la devolución del préstamo, acuerda la reducción del capital social de NARTEX por importe de 296.700.- € mediante la amortización de 29.670 participaciones a través de la cancelación del fondo de inversión cuyo importe destina a la cancelación del préstamo personal.

5.-) no se llegó a inscribir el acuerdo de reducción de capital social en el Registro Mercantil».

La audiencia rechazó la alegación de los apelantes de que la operación no había reportado ningún tipo de beneficio a D. Nemesio , argumentando al respecto que «por la vía de la reducción del capital social se destina el patrimonio de la sociedad para la cancelación de un préstamo personal sin que pudieran oponerse al mismo los acreedores al no haber dado publicidad del referido acuerdo, a quienes les perjudica toda vez que el capital social constituye la cifra de garantía en la que confían los acreedores para la satisfacción de sus créditos».

3.- D. Nemesio interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.-Formulación de los motivos primero y segundo del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso se encabeza con el siguiente epígrafe: «Infracción de lo dispuesto en el artículo 164.2.5º de la Ley Concursal por aplicación indebida».

2.- El segundo motivo lleva el siguiente encabezamiento: «Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación del artículo 164.2.5º LEC infringido, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, representada por la contenida en la sentencia que se recurre y en la Sentencias de fecha 10 de septiembre de 2009 de la misma Audiencia Provincial , y en las Sentencias de fecha 5 de junio de 2009 de



la Audiencia Provincial de Granada y las de 16 de junio de 2011 y 29 de noviembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 8 de febrero de 2010 de la Audiencia Provincial de Navarra».

3.- Aunque el recurrente haya escindido en dos motivos la formulación del recurso, solo se está alegando una infracción legal, la del art. 164.2.5º de la Ley Concursal . El segundo motivo se dedica a justificar el interés casacional del recurso.

Procede por tanto tratar conjuntamente ambos motivos.

4.- Los argumentos que se alegan para fundamentar el recurso consisten, resumidamente, en que (i) la operación no reportó a D. Nemesio ningún tipo de beneficio pese a lo cual se calificó el concurso como culpable al margen de la concurrencia o no de fraude, entendido como intención o conocimiento o aceptación por parte del concursado de estar distraendo los bienes o derechos de la masa del concurso; (ii) para apreciar la presunción "iuris et de iure" de calificación del concurso como culpable prevista en el art. 164.2.5º de la Ley Concursal no basta el acto de disposición sino que es preciso acreditar la concurrencia del elemento subjetivo del fraude; (iii) el fraude exigible para la concurrencia de tal presunción supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la futura masa del concurso; (iv) el art. 164.2.5º de la Ley Concursal exige una conducta especialmente activa y dolosa en la desaparición de los bienes y con el término "fraudulento" se quiere indicar una especial disposición de ánimo de aquel que hace desaparecer los bienes, sin que sea suficiente la simple constatación del perjuicio causado a los acreedores por la salida de bienes del patrimonio del deudor.

TERCERO.- Valoración de la Sala. El fraude exigible para la calificación del concurso como culpable con base en el art. 164.2.5º de la Ley Concursal

1.- El art. 164 de la Ley Concursal , bajo el epígrafe "concurso culpable", en el párrafo segundo, apartado quinto, prevé:

«En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:[...]

5º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos».

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 concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un "animus nocendi" [propósito de dañar o perjudicar] y sí únicamente la "scientia fraudis", esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo (sentencias de esta sala núm. 191/2009, de 25 de marzo , y núm. 406/2010, de 25 de junio , y las que en ellas se citan).

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.

En el caso objeto del recurso, la sociedad deudora, a través de su administrador y socio único, realizó una reducción de capital en 296.700 euros que no cumplió los requisitos legalmente exigidos por lo que no fue inscrita en el Registro Mercantil, y que tuvo como consecuencia, de acuerdo con los hechos fijados en la instancia, que el activo social en que estaba invertida la práctica totalidad de la ampliación del capital social ejecutada anteriormente se destinara a la cancelación del préstamo personal solicitado por el administrador social.

5.- Concorre por tanto el elemento del fraude puesto que el administrador y socio único de la sociedad concursada aplicó un activo social a cancelar una deuda personal de dicho socio único y administrador, y además lo hizo mediante una reducción de capital ilícita, en la que los acreedores no pudieron intervenir, y ni siquiera conocer puesto que no fue inscrita en el Registro Mercantil.



El hecho de que dicho activo estuviera pignorado en garantía del préstamo solicitado por el administrador no excluye el fraude. Porque incluso aunque el banco acreedor hubiera ejecutado la garantía, la sociedad conservaría la acción de reembolso contra el deudor garantizado. Al actuar como lo hizo, el administrador no solo aplicó ese importante activo del patrimonio social a la satisfacción de deudas personales suyas, sino que además privó a la sociedad de la acción de reembolso que, en el peor de los casos, si hubiera sido ejecutada la prenda constituida sobre el activo social, le hubiera correspondido, y que integraría la masa activa del concurso.

Por lo expuesto, los hechos son concluyentes en mostrar la existencia de fraude, al menos como conciencia de perjudicar a los acreedores. No puede exigirse otra prueba de ese elemento subjetivo, que sería imposible por pertenecer al ámbito interno del propio administrador que realizó la conducta. Tampoco puede exigirse la concurrencia de malicia o propósito de causar daño a los acreedores.

CUARTO .- Costas y depósito

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- También procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Nemesio contra la sentencia núm. 155/2012, de 30 de marzo, dictada por la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación núm. 880-M 325/11, dimanante del concurso ordinario núm. 298/2009, sección sexta de calificación, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante

2.- Imponer al expresado recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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.