



Roj: **SAP M 12194/2017 - ECLI:ES:APM:2017:12194**

Id Cendoj: **28079370282017100357**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **15/09/2017**

Nº de Recurso: **511/2015**

Nº de Resolución: **403/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0196866

ROLLO DE APELACIÓN Nº 511/15 .

Procedimiento de origen: Sección sexta del Concurso nº 319/05.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 4.

Parte apelante: "BELLATRIX 4, S.L.", DON Obdulio , DON Manuel Y DON Olegario

Procurador: Don Francisco Javier Abajo Abril.

Letrado: Don José Leandro Martínez-Cardos Ruiz.

Parte apelante: DON Salvador

Procurador: Doña Carmen Ortiz Cornago.

Letrado: Don José Leandro Martínez-Cardos Ruiz.

Parte apelada: DON Virgilio , DOÑA Florinda , DON Luis Francisco , DON Pedro Enrique , DON Andrés , DON Bernabe , DOÑA Margarita Y DON David

Procurador: Don Carlos Peñalver Garcerán.

Letrado: Don Francisco Javier Angelina González.

Parte apelada: ADMINISTRACION CONCURSAL DE LA ENTIDAD "BELLATRIX 4, S.L."

Procurador:

Letrado:

Parte apelada: MINISTERIO FISCAL

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. ÁNGEL GALGO PECO

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

**SENTENCIA N° 403/2017**

En Madrid, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 511/15, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2008 dictada en la sección de calificación, dimanante del Concurso n° 319/05 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelantes, de un lado, "BELLATRIX 4, S.L.", DON Obdulio , DON Manuel Y DON Olegario ; y de otro, DON Salvador ; y como apelados, DON Virgilio , DOÑA Florinda , DON Luis Francisco , DON Pedro Enrique , DON Andrés , DON Bernabe , DOÑA Margarita Y DON David ; la **ADMINISTRACION CONCURSAL DE LA ENTIDAD "BELLATRIX 4, S.L."** ; y el **MINISTERIO FISCAL** , todos ellos, en su caso, representados y defendidos por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 5 de septiembre de 2008 el Juzgado de lo Mercantil n° 4 de Madrid dictó sentencia en la sección de calificación, dimanante del Concurso n° 319/05, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo declarar y declaro culpable el concurso de Bellatrix 4, S.L., declarando responsables a los administradores de derecho y socios de la concursada: D. Justino , D. Obdulio , D. Manuel , D. Olegario y D. Salvador , inhabilitándoles durante un período de dos años, condenándoles a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, así como a la devolución de las cantidades que hayan percibido de la masa activa o hayan cobrado de forma indebida.

Sin hacer condena en costas."

SEGUNDO .- Contra la anterior resolución interpusieron recurso de apelación, de un lado, la concursada junto con don Obdulio , don Manuel y don Olegario ; y de otro, don Salvador , a los que, una vez admitidos a trámite, se opuso la administración concursal y determinados acreedores. Tramitados por el juzgado los recursos de apelación y elevados los autos, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 14 de septiembre de 2017.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La administración concursal presentó informe interesando la calificación del concurso de la entidad "BELLATRIX 4, S.L." como fortuito.

Por su parte, el ministerio fiscal en su dictamen solicitó la calificación culpable del concurso *"al entender concurrente el motivo recogido en los arts. 164.1, 164.2.4ª y 5ª, por la distribución de un dividendo de 100.000.000 Ptas, antes de la entrega de las viviendas y dejando a la sociedad, sin patrimonio alguno con el que hacer frente a las posibles reclamaciones de los propietarios."*

El ministerio fiscal atribuye la consideración de personas afectadas por la calificación *"a los administradores de derecho y socios de la concursada: Justino , Obdulio , Manuel , Olegario y Salvador "*, interesando su inhabilitación por tiempo de dos años, la pérdida de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores, y la condena a devolver los dividendos percibidos, y a pagar a los acreedores el importe que de sus créditos no reciban de la masa.

La sentencia recaída en primera instancia califica como culpable el concurso de la entidad "BELLATRIX 4, S.L." con fundamento en la cláusula general (artículo 164.1 de la Ley Concursal) y en la presunción *iusuris et de iure* de alzamiento de bienes (artículo 164.2.4º de la Ley Concursal), todo ello con base en el reparto de dividendos aprobado en la junta general de socios de la entidad concursada el día 30 de junio de 2001.

Calificado como culpable el concurso, la sentencia considera personas afectadas por la calificación en su condición de socios y administradores de derecho a don Justino , don Obdulio , don Manuel , don Olegario y don Salvador , a los que inhabilita por tiempo de dos años y les condena a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa, rechazando la condena a la cobertura del déficit concursal.



Frente a la sentencia se alzan, por un lado, la concursada junto con don Obdulio , don Manuel y don Olegario ; y de otro, don Salvador . Ambos recursos se basan en las siguientes alegaciones: a) caducidad del procedimiento concursal por haber estado paralizado por causa imputable a las partes durante más de dos años; b) improcedencia de la declaración del concurso como culpable al no concurrir ninguna de las causas de calificación apreciadas por la sentencia; c) el acto determinante de la calificación, el reparto de dividendos, no es imputable a los administradores; d) caducidad de la acción contra los administradores en tanto que el reparto de dividendos se acordó el día 30 de junio de 2001 y el concurso se declaró el 26 de julio de 2005 y, en consecuencia, fuera del plazo de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

La administración concursal y los acreedores reseñados en el encabezamiento de esta resolución se opusieron al recurso de apelación para interesar su desestimación y la confirmación de la sentencia apelada.

Aun cuando en el mismo escrito de interposición del recurso se apelan tanto la sentencia de calificación como la sentencia recaída en el incidente concursal tramitado con el nº 80/06, relativo al ejercicio de una acción de reintegración, el objeto del presente rollo de apelación se circunscribe exclusivamente al recurso interpuesto contra la sentencia recaída en la sección sexta.

SEGUNDO .- Los apelantes interesan en primer lugar que, de conformidad con el artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se declare la caducidad del procedimiento concursal y se proceda sin más trámite a su archivo al haber estado paralizado más de dos años en primera instancia por causa imputable exclusivamente a las partes.

No puede acogerse la petición formulada por los apelantes para que "per saltum" el tribunal decida sobre la caducidad del procedimiento concursal.

Al margen de que tan solo se ha remitido a este tribunal la sección sexta y, en consecuencia, no puede examinar si realmente el procedimiento concursal ha estado o no paralizado por causa imputable a las partes, lo cierto es que la petición de caducidad fundada en la paralización del procedimiento originada en la instancia precedente debe deducirse ante el Juzgado y resolverse mediante decreto contra el que, de acordarse, sólo cabe interponer recurso de revisión (artículos 237.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y de denegarse, recurso de reposición (artículo 451.1 Civil).

Los apelantes afirman en sus recursos, aun cuando no consta en la sección sexta, que solicitaron en la instancia precedente la caducidad sin que la petición haya sido resuelta, sin embargo la administración concursal mantiene que tal petición fue oportunamente resuelta.

Si no se ha resuelto en primera instancia la petición de caducidad, los apelantes deberán interesar que se dicte la oportuna resolución y, en su caso, impugnarla, y si hubiera sido resuelta, la decisión está sujeta a los recursos legalmente previstos, sin que pueda resolverse en primera instancia por este tribunal con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de calificación.

TECERO .- Por razones sistemáticas, también debe analizarse con carácter previo la alegada caducidad de la acción contra los administradores.

No siendo discutido que los apelantes eran administradores de derecho de la sociedad concursada al tiempo de declararse el concurso no existe obstáculo alguno para que puedan ser consideradas personas afectadas por la calificación, lo que, por otra parte, no guarda relación alguna con la caducidad de la acción invocada por los apelantes. Los vigentes artículos 164.1 y 172.2.1º no establecen un plazo para el ejercicio de una acción, sino un requisito temporal para que los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y los apoderados generales pueden ser personas afectadas por la calificación, en tanto que exigen que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Al margen de que al tiempo de la apertura de la sección sexta, lo que tuvo lugar el día 17 de abril de 2006, la redacción de los artículos 164.1 y 172.1.2 de la Ley Concursal no contenía la limitación temporal de los dos años a que se refieren los apelantes, introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que no es de aplicación al supuesto de autos por razones temporales (disposición transitoria 10ª), lo cierto es que, como ha indicado la sentencia del Tribunal supremo de 29 de marzo de 2017 : *"En la actualidad, el art. 172.2.1º LC al regular quienes pueden ser personas afectadas por la calificación, cuando se refiere a «los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales», exige que o bien tengan esta condición al tiempo de la declaración de concurso o bien la hubieran tenido «dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso». Esta limitación temporal respecto de la condición de administrador o liquidador de derecho o de hecho, o apoderado general, no se coordina con una limitación temporal de la conducta que puede haber merecido la calificación culpable (...). Esto es, salvo en las limitaciones temporales previstas en el propio tipo de algunas de las conductas que por sí solas merecen la calificación culpable de concurso, como son las*



enajenaciones fraudulentas realizadas dos años antes de la declaración de concurso (art. 164.2.5º LC), o de las presunciones de dolo o culpa grave, como el incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, o de someterlas a auditoria o de depositarlas, una vez aprobadas en el Registro Mercantil, en alguno de los tres últimos ejercicios (art. 165.3º LC), con carácter general no se limitan las conductas que pueden merecer la calificación culpable a su realización dentro de los dos años anteriores a la calificación...

Conviene advertir que la limitación de que los administradores, liquidadores o apoderados generales a quienes se pretende declarar personas afectadas por la calificación, conforme al art. 172.2.1º LC , afecta a esta declaración pero no supone que, con carácter general, sólo se pueda calificar culpable el concurso por actuaciones realizadas dos años antes de la declaración de concurso. Las únicas limitaciones temporales son las previstas en el art. 164.2.5º LC y en el art. 165.5º "

CUARTO .- La sentencia apelada funda la calificación culpable del concurso en el reparto de dividendos por importe de 601.012,10 euros acordado en la junta general de socios de la entidad concursada celebrada el día 30 de junio de 2001.

A juicio del juzgador de la anterior instancia esa conducta integra tanto la cláusula general (artículo 164.1 de la Ley Concursal) como la presunción *iuris et de iure* de alzamiento de bienes (artículo 164.2.4º de la Ley Concursal). Señala la sentencia que: *"...parece claro que el reparto de dividendos sin haber dejado en la sociedad bienes o capital suficiente para hacer frente a las obligaciones que pudieran surgir (como de hecho ocurrió y suele suceder en estas operaciones) fue lo que motivó la insolvencia. Dada la actividad de la mercantil que supone la realización de una obra concreta cuyos vicios o defectos se detectarían en su caso, tiempo después de finalizada, la ley exige que se deje cierto capital para asegurar el cumplimiento de esas obligaciones; al no hacerlo incurrieron en dolo o al menos culpa grave, teniendo en cuenta que se repartieron dividendos sin esperar ni dotar la correspondiente provisión"*.

Tal y como resulta del laudo aportado a las actuaciones (folios 109 y ss) La entidad "BELLATRIX 4, S.L.", constituida en el año 1996, promovió la constitución de una comunidad de bienes para la construcción de un edificio sito en la CALLE000 nº NUM000 duplicado de Madrid, suscribiendo con los comuneros en diciembre de 1997 un contrato de adhesión a la comunidad de bienes, de adjudicación provisional de fincas y de servicios a la gestora, y un contrato de gestión. Además, como partícipe de la comunidad vendió una vivienda a don David .

Como consta en el referido laudo, el contrato de gestión tiene la naturaleza de contrato de mandato o gestión cuyo objeto es la prestación de los servicios necesarios para desarrollar y culminar, por cuenta e interés de todos los comuneros, la construcción del edificio sito en la CALLE000 nº NUM000 duplicado de Madrid.

Concluida la construcción del edificio y antes de que se entregaran las llaves al comprador y adjudicatarios de las viviendas, lo que tuvo lugar el día 24 de julio de 2001 (folio 676 de los autos), se celebró con fecha 30 de junio de 2001 junta general de la entidad "BELLATRIX 4, S.L." en la que se aprobó un reparto de dividendos de 601.012,10 euros.

Finalizada la construcción del inmueble la sociedad no desarrolló actividad alguna como se deduce del informe del artículo 75 de la administración concursal en el que consta que tanto los ingresos como los gastos de explotación de los ejercicios 2002, 2003 y 2004 fueron de cero euros (folio 247 de los autos).

Como consecuencia del reparto de beneficios acordado por la junta, la sociedad quedó completamente despatrimonializada hasta el punto de que, sin que conste actuación alguna significativa que incidiera en el patrimonio social, al tiempo de la declaración de concurso el activo de la sociedad se reducía a una mesa, un mueble auxiliar de tres cajones y tesorería por un importe total de 239,23 euros (folio 256 de los autos).

El reparto de dividendos consecuencia del acuerdo dejó a la sociedad en una situación que imposibilitaba atender cualquier reclamación de los adquirentes de las viviendas.

La insolvencia de la sociedad es consecuencia directa del acuerdo de distribución de dividendos entre los socios que, de este modo, al ejecutarse, se repartieron las ganancias de un concreto negocio, imposibilitando el éxito de cualquier reclamación de los perjudicados por ese mismo negocio.

Resulta irrelevante que al tiempo de la celebración de la junta no existiera aún ninguna reclamación formal de los adquirentes porque, en primer lugar, la decisión se aprueba antes de la entrega de las viviendas y, en todo caso, porque era más que previsible que existieran esas reclamaciones a la vista del contenido del laudo de fecha 20 de julio de 2004 (folio 109 y ss de los autos) y de la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004 (folio 167 y ss de los autos) que declararon la responsabilidad de la concursada.

La responsabilidad deriva de una deficiente gestión de la comunidad, incurriendo en responsabilidad, por ejemplo, por no efectuar una diligente gestión de las cuentas de la comunidad; no reclamar a la constructora las



penalizaciones por retraso en la entrega de la obra; por pagos efectuados a profesionales, algunos miembros del consejo de administración de la gestora, cuyo coste, al menos en parte, correspondía soportar a la gestora; repercusión de gastos que correspondía asumir a la gestora como los derivados del estudio y elaboración de la escritura de obra nueva y división horizontal; repercusión de los salarios de un arquitecto técnico, empleado de la gestora, siendo ésta la que debía asumir su coste; repercusión de gastos por servicios de gestión fiscal contable y fiscal contratados con terceros que eran trabajos propios de la gestora o la inutilidad, por su tamaño de una de las plazas de garaje adjudicadas a uno de los comuneros o defectos de señalización de otra, que deben corregirse.

La insolvencia de la entidad concursada, absolutamente imposibilitada para atender las responsabilidades derivadas de la gestión de la construcción del edificio, tiene origen en el previo reparto de dividendos que, al menos, con culpa grave, al ser previsible la ulterior reclamación de los adquirentes de las viviendas, se acordó por la junta general de socios celebrada el 30 de junio de 2001.

Por lo demás, no cabe duda de que el acuerdo de reparto de dividendos es un acto de disposición patrimonial de la sociedad adoptado por el órgano decisorio y, en consecuencia, en tanto que generó con culpa grave la insolvencia de la sociedad deudora, debe mantenerse la calificación culpable del concurso.

QUINTO .- Tanto en el informe del ministerio fiscal como en la sentencia apelada se atribuye la consideración de personas afectadas por la calificación en su condición de socios y administradores de derecho a don Justino , don Obdulio , don Manuel , don Olegario y don Salvador .

Ni en el informe del ministerio fiscal ni en la sentencia dictada en primera instancia se hace el menor esfuerzo alegatorio para justificar la imputación de la conducta determinante de la calificación a los sujetos que se identifica como personas afectadas por la calificación, más allá de la genérica atribución de la condición de socios y administradores de derecho. Conviene indicar, además, que ninguna censura se efectúa a los administradores derivada de la mera ejecución del acuerdo de reparto de dividendos.

Como resulta de las actuaciones, los apelantes don Obdulio , don Manuel , don Olegario y don Salvador no eran socios de la entidad concursada al tiempo de celebrarse la junta que aprobó el reparto de dividendos ni lo han sido con posterioridad.

Desde finales de 1997 la sociedad "BELLATRIX 4, S.L." está integrada por solo dos socios, titulares cada uno de ellos del 50% del capital social: la entidad "LANAJA 4, S.L." y don Justino .

Con independencia de que los administradores sociales formulen las cuentas y hagan la propuesta de aplicación de resultado, el acuerdo de reparto de dividendos no es un acto imputable a los administradores sociales sino a la junta general que adopta el acuerdo y, en consecuencia, no cabe sostener en la adopción del acuerdo, como hace el ministerio fiscal y la sentencia apelada, la atribución a los apelantes de la condición de personas afectadas por la calificación, lo que determina la revocación de la sentencia en el particular que declara a los referidos apelantes personas afectadas por la calificación con las consecuencias inherentes a tal consideración.

Consentida la sentencia por don Justino , socio y administrador de la sociedad concursada, debe mantenerse su condición de persona afectada por la calificación, así como los demás pronunciamientos que le afectan, sin que corresponda al tribunal analizar si podía o no ser considerado como tal, cuando el afectado no ha recurrido la sentencia.

SEXTO .- La estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos por los apelantes, en tanto que se mantiene la calificación culpable del concurso, pretendiendo todos los recurrentes la calificación del concurso como fortuito, determina, de conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que no se efectúe expresa imposición de las costas procesales causadas con los referidos recursos.

Por otra parte, debe mantenerse el pronunciamiento de la sentencia apela relativo a la no imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia en tanto que, en ningún caso, pueden imponerse al ministerio fiscal (artículo 394.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar parcialmente los recursos de apelación interpuestos por el procurador don Francisco Javier Abajo Abril en nombre y representación de "BELLATRIX 4, S.L.", DON Obdulio , DON Manuel Y DON Olegario ; y por la procuradora doña Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de DON Salvador , contra la



sentencia dictada el día 5 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid en la sección de calificación dimanante del Concurso nº 319/05 del que este rollo dimana.

2.- Revocar parcialmente la referida resolución para dejar sin efecto la declaración de personas afectadas por la calificación de DON Obdulio , DON Manuel , DON Olegario y DON Salvador , dejando igualmente sin efecto los demás pronunciamientos efectuados respecto de los mismos, manteniendo en lo demás la sentencia apelada, incluida la no imposición de las costas procesales causadas en primera instancia. .

3.- No efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas ocasionadas con los recursos de apelación.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , procédase a la devolución a los apelantes del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO