



Roj: **STS 1051/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1051**

Id Cendoj: **28079110012017100191**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/03/2017**

Nº de Recurso: **2435/2014**

Nº de Resolución: **198/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8211/2014,**  
**STS 1051/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 23 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 235/2014 de 2 de julio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en autos de incidente concursal núm. 99/2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, sobre acción de reintegración concursal. El recurso fue interpuesto por D.<sup>a</sup> Azucena, D. Demetrio y D. Genaro, administradores concursales de Induovo S.L. Es parte recurrida Ovo Foods S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Ortíz-Cañavate Levenfeld y asistida por el letrado D. Florencio Acevedo González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.- Tramitación en primera instancia**

1.- D.<sup>a</sup> Azucena, D. Demetrio y D. Genaro, administradores concursales de Induovo S.L., interpusieron demanda de incidente concursal, contra Induovo S.L. y Ovo Foods S.A., en la que solicitaban se dictara sentencia:

«[...] por la que se declare la rescisión del acto operado por medio de escritura de fecha 9 de marzo de 2012 subsanada por medio de escritura de 12 de abril de 2012, firmadas ambas entre Induovo, S.L. y Ovo Foods, S.A., ante el Notario Don Enrique Peña Félix, bajo sus números de protocolo 1.589 y 2.217, respectivamente, con los efectos de:

- » a) Levantamiento de la hipoteca mobiliaria por la totalidad de los bienes que se especifican en los instrumentos de referencia; así como
- » b) Excluyéndose de la lista de acreedores ex art. 180 LC los créditos por importe de 313.705,04 ? y 852.314,78 ?, respectivamente, quede reconocido en dicha lista un crédito a favor de Ovo Foods, S.A. por importe de 1.678.786,81 ? con la calificación de crédito concursal ordinario y contingente, al no haberse impugnado dicha contingencia en el plazo previsto en el art. 96 LC por remisión expresa del art. 180 LC.
- » Todo ello con expresa condena a las costas del incidente a la demandada Ovo Foods, S.A.».

2.- La demanda fue presentada el 8 de febrero de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 8 y fue registrada con el núm. 99/2013 (Concurso 32/09). Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.



3.- Induovo, S.L., contestó a la demanda, solicitando se resolviera según el mejor criterio de la juez del concurso.

Ovo Foods S.A. contestó a la demanda, solicitó su desestimación, que se mantuviera la hipoteca mobiliaria por la totalidad de los bienes especificados en las escrituras de 9 de marzo de 2012, subsanada por la de 12 de abril de 2012, el mantenimiento del reconocimiento de la deuda por 2.844.086,33 €, con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona, dictó sentencia núm. 95/2013 de fecha 15 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

«Estimar la demanda de reintegración planteada por la administración concursal de Induovo S.L. con los siguientes pronunciamientos:

» 1. Declaro la rescisión de la escritura pública de reconocimiento de crédito con garantía hipotecaria de fechas 9 de marzo de 2012 (modificada por escritura de 12 de abril de 2012) suscrita con la demandada Ovo Foods por ser acto perjudicial para la masa.

» 2. Acuerdo el levantamiento de la hipoteca mobiliaria constituida a favor de la demandada por la totalidad de los bienes que se especifican en los instrumentos de referencia y excluir de la lista de acreedores ex art. 180 LC los créditos por importe de 861.213,27 euros.

» 3. Acuerdo reconocer a favor de Ovo Foods S.A. un crédito por importe de 1.983.593,36 euros con la calificación de crédito concursal ordinario y contingente.

» 4. Se imponen las costas a la entidad demandada Ovo Food».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ovo Foods S.A. Los administradores concursales de Induovo S.L. se opusieron al recurso interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 427/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 235/2014 en fecha 2 de julio de 2014, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Ovo Foods S.A. contra la sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2013 que revocamos, y en su lugar acordamos desestimar la demanda interpuesta por la administración concursal, sin imposición de costas en ninguna de las dos instancias».

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D.<sup>a</sup> Azucena, D. Demetrio y D. Genaro, Administradores concursales de Induovo S.L., interpusieron recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«[...] infracción de normas aplicables y de la jurisprudencia que las interpreta, a las cuestiones del proceso que establece el art. 477.1 LEC. En concreto con respecto a la inaplicación del art. 71.1 LC (puesto en relación con el resto de normas que se contienen en el Título III de la Ley Concursal además de los arts. 145, 147, 179 y 180 LC) al periodo comprendido entre la aprobación de un convenio alcanzado con los acreedores en el marco de un procedimiento concursal y la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo. Subsidiariamente, la inaplicación del art. 4.2 CC en cuanto a la integración por analogía respecto a la eventual laguna legal apreciada en cuanto a las acciones de reintegración y/o rescisión en el mencionado periodo dentro del proceso concursal».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de septiembre de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Ovo Foods S.A. presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de marzo de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- La entidad Induovo S.L. (en lo sucesivo, Induovo) fue declarada en concurso por auto de 23 de enero de 2009. Por sentencia de 29 de marzo de 2010 fue aprobado el convenio. El 2 de abril de 2012 la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, que fue acordada por auto de 11 de abril de 2012.

2.- La administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, presentó una demanda de incidente concursal en la que ejercitó la acción de reintegración que prevé el art. 71.1 de la Ley Concursal. En la demanda solicitaba que se declarara la rescisión, por producir un perjuicio a la masa activa, del acto o negocio formalizado en escritura pública otorgada el 9 de marzo de 2012, de reconocimiento de deuda en favor de Ovo Foods S.A. (en lo sucesivo, Ovo Foods) y constitución de hipoteca mobiliaria para garantizar su pago, así como de la posterior escritura de 12 de abril de 2012, de subsanación y rectificación de la anterior, en la que se modificaron los plazos de pago y se amplió el objeto de la garantía real mobiliaria.

En la escritura de 9 de marzo de 2012, la concursada reconoció adeudar a Ovo Foods la cantidad total de 2.844.806,63 euros como consecuencia de relaciones comerciales preexistentes. Las partes convinieron que la deuda devengaría un interés ordinario del 2 % anual y que el pago se realizaría en un plazo de seis años, con el primer año de carencia, comenzando los pagos el 9 de marzo de 2013 con una periodicidad mensual. En garantía del pago, Induovo constituyó en favor de Ovo Foods un derecho real de hipoteca mobiliaria sobre la maquinaria industrial instalada en su domicilio social.

En la escritura de 12 de abril de 2012, las partes modificaron el plazo para el pago, estipulando que se haría en siete años, y ampliaron el objeto de la garantía incorporando un vehículo, subsanando en lo procedente la escritura anterior.

3.- En la demanda en que ejercitaba la acción rescisoria concursal, la administración concursal alegó que la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre la totalidad de la maquinaria industrial de la concursada, otorgada tres semanas antes de comunicar al juzgado la imposibilidad de cumplir el convenio, generaba un perjuicio para la masa activa por vulneración del principio *par condicio creditorum* e integraba la presunción de perjuicio *iuris tantum* establecida en el art. 71.3.2º de la Ley Concursal (constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes). Si bien este acto se había realizado en fase de cumplimiento del convenio, la administración concursal consideró aplicable el art. 71.1 de la Ley Concursal de forma analógica a los actos realizados en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación. El mismo régimen sería aplicable a la segunda escritura, otorgada un día después de la apertura de la liquidación, por conformar un único negocio con la escritura anterior.

La administración concursal solicitó que, previa cancelación de la hipoteca, se reconociera a favor de Ovo Foods un crédito concursal ordinario y contingente por el importe de 1.678.786,81 euros y se excluyera del total de la deuda reconocida en la escritura de 9 de marzo de 2012 dos partidas crediticias, una por importe de 313.705,04 euros y otra por importe de 852.314,78 euros, por falta de acreditación.

En la lista de acreedores actualizada, realizada en aplicación del art. 180 de la Ley Concursal, la administración concursal reconoció a favor de Ovo Foods la totalidad del crédito a que hacía referencia la citada escritura (2.844.806,63 euros), con la calificación de contingente con privilegio especial.

4.- La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil consideró procedente la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal para solicitar la rescisión de los actos realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, por entender que esta apertura de la fase de liquidación supone una nueva declaración de concurso. Apreció el perjuicio para la masa activa y, en consecuencia, acordó el levantamiento de la hipoteca mobiliaria, con reconocimiento a favor de Ovo Foods de un crédito de 1.983.593,36 euros con la calificación de ordinario y contingente, y excluyó la cantidad de 861.213,27 euros, por no estimarla acreditada.

5.- Ovo Foods S.A. interpuso recurso de apelación en el que alegó la imposibilidad del ejercicio de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal por no cumplirse el requisito temporal del acto, es decir, que haya sido realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

6.- La Audiencia Provincial estimó este argumento del recurso. Consideró que es presupuesto de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. La apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio no es jurídica o técnicamente una «nueva declaración de concurso», sino un supuesto de apertura de la liquidación de un concurso que ya fue



declarado y que no concluyó con la aprobación del convenio, por más que desde ese momento hubieran cesado temporalmente los efectos del concurso y el deudor pueda desenvolverse sin limitaciones, salvo las que le imponga el convenio.

Con respecto a los actos realizados por el deudor en el período comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la liquidación, no hay propiamente una laguna legal que deba ser integrada mediante la aplicación analógica del art. 71.1 de la Ley Concursal. Tales actos podrán ser objeto de las acciones de impugnación previstas en el régimen general o común, a las que expresamente alude el apartado 7 (actualmente, 6) del art. 71 de la Ley Concursal, o en su caso, del tratamiento y efectos que resulten procedentes en la sección de calificación.

La Audiencia Provincial concluyó que el acto impugnado, conformado por las dos escrituras, debía quedar excluido del ámbito de la acción de reintegración del art. 71.1 de la Ley Concursal, por lo que estimó el recurso y desestimó la demanda.

7.- La administración concursal de Induovo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que ha sido admitido.

#### **SEGUNDO.-** *Formalización del motivo del recurso*

1.- El epígrafe que encabeza el único motivo del recurso es el siguiente:

«[...] infracción de normas aplicables y de la jurisprudencia que las interpreta, a las cuestiones del proceso que establece el art. 477.1 LEC. En concreto con respecto a la inaplicación del art. 71.1 LC (puesto en relación con el resto de normas que se contienen en el Título III de la Ley Concursal además de los arts. 145, 147, 179 y 180 LC) al periodo comprendido entre la aprobación de un convenio alcanzado con los acreedores en el marco de un procedimiento concursal y la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del mismo. Subsidiariamente, la inaplicación del art. 4.2 CC en cuanto a la integración por analogía respecto a la eventual laguna legal apreciada en cuanto a las acciones de reintegración y/o rescisión en el mencionado periodo dentro del proceso concursal».

2.- En el desarrollo del motivo, la administración concursal sostiene que la Audiencia Provincial comete una infracción legal al negar que pueda ejercitarse la acción de reintegración concursal del art. 71 de la Ley Concursal respecto de actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la sentencia de aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación a solicitud del deudor que comunique la imposibilidad de cumplir el convenio.

Como argumento principal, se alega en el recurso que la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del deudor tiene efectos equiparables a una nueva declaración de concurso y, en todo caso, a la reapertura prevista en el art. 179 de la Ley Concursal.

Como argumento subsidiario, la administración concursal considera que existiría una laguna legal que habría de colmarse mediante la aplicación analógica del art. 71.1 de la Ley Concursal para defender el patrimonio del concursado y la *par condicio creditorum*, pues se trata de actos perjudiciales realizados en un periodo en el que la administración concursal tenía cesadas sus funciones de intervención en el patrimonio del deudor, por lo que se da la identidad de razón con los actos perjudiciales realizados antes de la declaración de concurso.

#### **TERCERO.-** *Decisión de la sala. La impugnación de los actos perjudiciales realizados en fase de cumplimiento del convenio*

1.- El art. 142.2 de la Ley Concursal impone al deudor concursado la obligación de pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez debe dictar auto abriendo la fase de liquidación.

En tal caso, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del art. 145.1 de la Ley Concursal, el juez del concurso repondrá en su cargo a los administradores que cesaron por la aprobación del convenio o nombrará otros.

Asimismo, el art. 147 de la Ley Concursal prevé que durante la fase de liquidación seguirán aplicándose las normas contenidas en el título III de esta Ley en cuanto no se opongan a las específicas del presente capítulo. Entre estas normas están las del capítulo IV, «de los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa», arts. 71 a 73, que regulan las acciones de reintegración.

Estas acciones son tanto la acción rescisoria concursal de los cinco primeros apartados del art. 71 como «otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho», esto es, las que proceden con carácter general en una situación no concursal, tal como prevé el vigente apartado 6 de dicho artículo. Para el ejercicio de todas estas acciones, la legitimación viene regulada en el art. 72, y corresponde



a los administradores concursales, con carácter principal, y a los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, con carácter subsidiario para el caso de que la administración concursal no la ejercite.

Por último, los efectos de la rescisión concursal son los previstos en el art. 73 de la Ley Concursal (resumidamente, la ineficacia del acto, la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses, y la consideración como crédito contra la masa de la prestación que resulte a favor de un demandado, salvo que se aprecie su mala fe, en cuyo caso tendrá la consideración de crédito subordinado).

**2.-** No puede considerarse que exista una laguna legal en cuanto a la posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales para la masa realizados en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento. La remisión que el art. 147 de la Ley Concursal hace al título en que se regulan los efectos del concurso sobre los actos perjudiciales para la masa activa permite que una vez abierta la fase de liquidación, los administradores concursales ejerciten algunas de las acciones previstas en el art. 71 de la Ley Concursal, esto es, la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria ordinaria (acción pauliana) o alguna otra acción dirigida a declarar la ineficacia del acto. Pero el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos. En el caso de la acción rescisoria concursal, conforme al art. 71.1 LC, solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del concurso. Mientras que el resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí otras derivadas de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio.

**3.-** Teniendo en cuenta lo anterior, la administración concursal pudo ejercitar la acción rescisoria ordinaria si consideró que el reconocimiento de deuda con constitución de garantía real mobiliaria, en favor de un concreto acreedor concursal y en perjuicio del resto de los acreedores concursales, constituía un acto perjudicial para la masa realizado en fraude de acreedores. O pudo ejercitar una acción de nulidad por ilicitud de la causa si consideró que ambas partes habían realizado el negocio de disposición con el común propósito de defraudar a los acreedores y sustraer del alcance de estos una parte sustancial de los bienes con los que debía cumplirse el convenio o, de abrirse la fase de liquidación, servir para satisfacer sus créditos.

Pero no puede estimarse una acción rescisoria concursal como la ejercitada en este caso, que requiere que el acto impugnado haya sido realizado en los dos años anteriores a la declaración del concurso, porque no se cumple dicho requisito, puesto que el acto impugnado se realizó con posterioridad a la declaración de concurso, una vez aprobado el convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio.

**4.-** Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en la fase de cumplimiento de convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación (a solicitud del propio deudor que no puede cumplir el convenio, art. 142.2 de la Ley Concursal, o porque algún acreedor solicite la declaración de incumplimiento y así se declare por el juez del concurso, art. 140 de la Ley Concursal) se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general, a los que hace referencia el art. 71.6 de la Ley Concursal, son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la *par condicio creditorum* en esta situación y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de los acreedores y que, además, pueden impedir el cumplimiento del propio convenio y la satisfacción de los créditos de los acreedores en la fase de liquidación que se abra.

**5.-** En efecto, la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión ha puesto de relieve que los pagos anticipados realizados en fase de cumplimiento de convenio pueden ser impugnados al amparo del art. 1292 del Código Civil. En los negocios a título gratuito realizados en esta situación, el fraude se presumiría por aplicación de lo dispuesto en el art. 1297 del Código Civil.

Respecto de otros actos de disposición, la insolvencia del deudor que resulta de la existencia de un concurso justifica el cumplimiento del requisito del carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1294 del Código Civil) y permite tener en consideración la alteración injustificada de la *par condicio creditorum* como justificación de la rescisión, por aplicación de la doctrina de la sentencia de esta sala 855/2007, de 24 de julio, aplicada a *sensu contrario*.

Por último, en los casos más graves, cuando el acto de disposición haya respondido al propósito común de defraudar a los acreedores, puede fundar un acción de nulidad contractual por ilicitud de la causa (sentencia 575/2015, de 3 de noviembre). Y si el negocio de disposición por el que el bien ha salido de la masa activa es en realidad una simulación para impedir que con ese bien pueda cumplirse el convenio o satisfacer los créditos cuando se abra la fase de liquidación por incumplimiento del convenio, también puede ejercitarse la correspondiente acción de nulidad absoluta (sentencia 265/2013, de 24 de abril).





6.- En estos casos, cuando se abre la fase de liquidación, es lógico que la legitimación para el ejercicio de estas acciones se rija por lo previsto en el art. 72 de la Ley Concursal, puesto que lo obtenido debe servir para integrar la masa activa, en beneficio de todos los acreedores, y porque los acreedores defraudados con los actos de disposición impugnados son todos los acreedores concursales afectados por el convenio finalmente incumplido y, en su caso, los titulares de créditos surgidos durante la vigencia del convenio, que tienen la consideración de créditos contra la masa tras la reforma del art. 84 de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

7.- En conclusión, ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el art. 71.1 de la Ley Concursal y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio.

**CUARTO.- Costas y depósito**

1.- Pese a la desestimación del recurso, las serias dudas de derecho existentes en una cuestión como esta, en la que no existía jurisprudencia, justifican que no se haga expresa imposición de las costas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Azucena, D. Demetrio y D. Genaro, Administradores concursales de Induovo S.L., contra la sentencia núm. 235/2014 de 2 de julio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 427/2013.

2.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que desestimamos. Acordar la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.