

Roj: **STS 4178/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4178**Id Cendoj: **28079110012013100456**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/07/2013**Nº de Recurso: **440/2011**Nº de Resolución: **487/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 11413/2010,**
STS 4178/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y por D. Pedro Francisco , representados ante esta Sala por la Procuradora D.ª Paz Santamaría Zapata, contra la Sentencia núm. 280/2010, de 22 de septiembre, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 260/2010 , dimanante de las actuaciones de incidente concursal núm. 265/2009, seguidas ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, en autos de concurso voluntario núm. 729/2008. Ha sido parte recurrida la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD MERCANTIL SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L.", representada por la Procuradora D.ª Elvira Encinas Lorente.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- D.ª Miriam , D. Benjamín y D. Doroteo , administradores concursales designados en el concurso de acreedores voluntario de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L.", interpusieron demanda incidental de acción de reintegración, cuyo suplico decía: «[...] tenga por interpuesta demanda de incidente concursal contra la concursada SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L., así como contra el Sr. Pedro Francisco y, previa su admisión y la tramitación correspondiente, dicte sentencia por la que, con estimación íntegra de la demanda:

»Declare la ineficacia de los actos de disposición realizados por la concursada entre el 27 de marzo de 2007 y el 16 de julio de 2008, por un importe total de ochenta y siete mil euros (87.000 euros), a favor del socio y administrador D. Pedro Francisco ;

»y condene al Sr. Pedro Francisco a proceder a la íntegra restitución de la cantidad referida más sus intereses y frutos correspondientes.»

SEGUNDO.- La demanda tuvo entrada en el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona con fecha 20 de marzo de 2009 y fue registrada como Incidentes núm. 265/2009-A (concurso voluntario 729/2008-A). Una vez admitida a trámite, se acordó emplazar a la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y a D. Pedro Francisco , para su contestación.

TERCERO.- El Procurador D. Miquel Puig Serra Santacana, en nombre y representación de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y de D. Pedro Francisco , contestó a la demanda, mediante escritos de 14 y 24 de abril de 2009, suplicando «[...] tener por contestada la demanda y por opuesta a esta parte a las pretensiones



deducidas en la misma por la administración concursal, y tras sus trámites se sirva dictar Sentencia por la que desestimando la demanda absuelva a mi mandante de todos los pedimentos, con imposición de costas.»

CUARTO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona dictó la sentencia núm. 362/2009, de 4 de noviembre, con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: 1.- Estimar la demanda interpuesta por la administración concursal contra concursada y D. Pedro Francisco, condenando a este último a restituir a la concursada la cantidad de 87.000 euros y sus intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial, con expresa condena al pago de las costas.»

Transcurrido el plazo para formular protesta contra la sentencia núm. 362/2009, de 4 de noviembre, sin haberse efectuado, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona dictó providencia de 25 de noviembre de 2009, declarando su firmeza.

QUINTO.- La representación procesal de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS S.L." y de D. Pedro Francisco presentó escrito, con fecha 8 de febrero de 2010, por el que solicitó al Juzgado acordara la nulidad de las actuaciones, por falta de notificación de la referida Sentencia y tuviera por formulada protesta en tiempo y forma, a efectos de reproducir la cuestión en la apelación más próxima, así como por anunciado recurso de apelación.

SEXTO.- Acreditada la falta de notificación de la referida Sentencia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, mediante Auto de 11 de febrero de 2010, declaró la nulidad de lo actuado con posterioridad a la Sentencia, conservando, no obstante, la notificación de la misma a la administración concursal, y confirió a la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROSA, S.L." y a D. Pedro Francisco la posibilidad de formular protesta o interponer recurso de apelación.

SÉPTIMO.- D. Miquel Puig Serra Santacana, en nombre y representación de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y de D. Pedro Francisco solicitó la corrección, aclaración y/o, subsidiariamente subsanación y complemento del Auto de 11 de febrero de 2010, ya que en su escrito de 8 de febrero de 2010, ya solicitó se tuviera por formulada protesta y por anunciado recurso de apelación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, dictó auto de 19 de febrero de 2010, por el que aclaró y complementó el apartado 1 de la parte dispositiva del auto recurrido en el sentido siguiente: «Se tiene por formulada protesta contra la Sentencia dictada en el presente incidente. Se tiene por anunciado recurso de apelación [...]»

Tramitación en segunda instancia

OCTAVO.- El Procurador de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y de D. Pedro Francisco interpuso recurso de apelación contra la sentencia núm. 362/2009, de 4 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, y solicitó a dicho Juzgado: «[...] acuerde la remisión de los autos a la Superioridad, para que seguido el recurso por sus trámites, en su día, se dicte Sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y, se revoque la Sentencia de instancia, absolviendo a mis mandantes, de todos y cada uno de los pedimentos de la demanda incidental formulada por la administración concursal, con costas.»

NOVENO.- D.^a Miriam, D. Benjamín y D. Doroteo, administradores concursales designados en el concurso de acreedores voluntario de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L.", se opusieron al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de dicha entidad y de D. Pedro Francisco y suplicaron al Juzgado: «[...] proceda a remitir los Autos a la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, a fin de que, previa la tramitación legal oportuna, dicte en su día Sentencia por la que desestime íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto, y expresamente confirme la Sentencia dictada, en autos de incidente concursal de reintegración, ut supra referenciados; y todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en la segunda instancia a la parte apelante.»

DÉCIMO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el núm. de rollo 260/2010 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la Sentencia núm. 280/2010, de 22 de septiembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Pedro Francisco y la concursada Sant Vicenç-Can Ros S.L. contra la sentencia dictada en fecha 4 de noviembre de 2009 en el incidente concursal del que dimana este rollo, que confirmamos, con imposición de costas a los apelantes.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

UNDÉCIMO.- El procurador de la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y de D. Pedro Francisco interpuso recurso de casación contra la Sentencia núm. 280/2010, de 22 de septiembre, dictada en apelación por la Sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues resolvió la cuestión jurídica del concepto del perjuicio



patrimonial en relación con el artículo 71 de la Ley Concursal, sobre la que existe jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales o entre sus secciones, en concreto la Sentencia núm. 369/2009, de 22 de julio, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª., y la Sentencia núm. 509/2008, de 13 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª., decidieron en sentido contrario al contenido del fallo de la Sentencia recurrida y de las Sentencias núm. 311/2008, de 19 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, y la núm. 124/2009, de 7 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª.

DUODÉCIMO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. La entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y D. Pedro Francisco se personaron a través de la Procuradora D.ª Paz Santamaría Zapata y la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD MERCANTIL SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L.", por medio de la Procuradora D.ª Elvira Encinas Lorente.

DECIMOTERCERO.- Mediante providencia de 27 de septiembre de 2011 se puso de manifiesto a las partes como posible causa de inadmisión del recurso de casación interpuesto, la preparación defectuosa, por no haber acreditado su interés casacional, de conformidad con el artículo 483.2.1º, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 479.4 de la misma Ley, lo que se puso en conocimiento de las partes.

DECIMOCUARTO.- La Procuradora D.ª Elvira Encinas Lorente solicitó la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y por D. Pedro Francisco, por entender adolecía del interés casacional argüido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.2.1º en relación con el artículo 479.4, ambos de la ley de Enjuiciamiento Civil. D.ª Paz Santamaría Zapata, tras efectuar las alegaciones pertinentes, suplicó la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 14 de febrero de 2012, esta Sala dictó Auto cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

»1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de "Sant Vicenç-Can Ros S.L." y D. Pedro Francisco, contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) en el rollo de apelación nº 260/10, dimanante de los autos de incidente concursal nº 265/09 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona.

»2º) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida, para que formalice, en su caso, su oposición en el plazo de veinte días.»

DECIMOSEXTO.- La representación procesal de la "ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE LA ENTIDAD MERCANTIL SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." se opuso al recurso de casación interpuesto por la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y por D. Pedro Francisco.

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. Mediante providencia de 7 de mayo de 2013 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 26 de junio del mismo año, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

La sentencia de la Audiencia Provincial objeto de recurso establece los extremos relevantes para la comprensión del asunto que a continuación se expresan.

La Administración Concursal interpuso una demanda incidental en la que ejercitaba la acción de reintegración que prevé el art. 71 de la Ley Concursal al objeto de que fueran rescindidos y devueltos a la masa ciertos pagos, por importe total de 87.000 euros, efectuados por la sociedad concursada, SANT VICENÇ-CAN ROS S.L., a su socio mayoritario y administrador único, el recurrente D. Pedro Francisco, invocando la presunción de perjuicio patrimonial que establece el art. 71.3.1º de la Ley Concursal, por tratarse de actos dispositivo a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con la concursada, y alegando que en todo caso se había causado un perjuicio a la masa al haberse satisfecho créditos en época anterior al concurso que tendrían en éste la consideración de subordinados.

En la demanda se afirmaba que tales actos de disposición dineraria se habían realizado a título oneroso. Se trataba de diversos pagos en devolución de cantidades dinerarias entregadas por el Sr. Pedro Francisco a la sociedad, y que concretamente se efectuaron en las siguientes fechas:



- a) el 27 de marzo de 2007 se hizo pago al citado socio-administrador de la cantidad de 12.000 euros en concepto de "devolución aportación", por medio de cheque;
- b) el 7 de marzo de 2008 se le entregó un cheque por importe de 4.000 euros, por el mismo concepto;
- c) el 30 de mayo de 2008, un cheque por importe de 3.000 euros, por el mismo concepto; y
- d) el 16 de julio de 2008, bajo igual concepto, se le hizo entrega de un cheque por importe de 68.000 euros.

La contabilidad de la concursada mostraba que el Sr. Pedro Francisco había hecho aportaciones dinerarias a la sociedad desde antes de 2007. A finales de dicho año, el saldo deudor de la sociedad frente al socio financiador ascendía a 169.348 euros, y al día 16 de julio de 2008, tras la devolución al Sr. Pedro Francisco de 68.000 euros, el saldo deudor de la sociedad quedó fijado en 203.059 euros.

El concurso de SANT VICENÇ-CAN ROS S.L. fue declarado por auto de 30 de octubre de 2008.

El Sr. Pedro Francisco es persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, en cuanto administrador único desde su constitución (art. 93.2.2º de la Ley Concursal) y por su condición de socio mayoritario (art. 93.2.1º). Las aportaciones dinerarias efectuadas por el socio-administrador a la sociedad eran vencidas y exigibles para "cobrar cuando se pudiera", y se realizaron para financiar a la sociedad en su actividad de promotora inmobiliaria, al objeto de que pudiera darse comienzo a las promociones hasta la obtención de un crédito.

La sentencia del Juzgado Mercantil estimó íntegramente la pretensión sobre la base de la presunción legal de perjuicio patrimonial "iuris tantum" establecida por el art. 71.3.1º de la Ley Concursal . Afirmó que tales pagos eran actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con la concursada. Consideró la sentencia que la mayor o menor proximidad de los actos dispositivos (las devoluciones de la sociedad al socio-administrador) respecto de la fecha de declaración del concurso es un factor relevante para valorar el perjuicio, y que en este sentido podría dudarse de la existencia de perjuicio patrimonial en la primera devolución (la realizada el 27 de marzo de 2007, por 12.000 euros), pero la norma presume el perjuicio comprendiendo todos los actos dispositivos realizados en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Por ello condenó al socio-administrador a restituir todos los pagos señalados, a falta de prueba, que debió ser aportada por los demandados (la sociedad y el administrador), de la inexistencia de perjuicio para la masa activa.

Tanto el socio-administrador como la concursada apelaron la sentencia, alegando que (i) las devoluciones dinerarias realizadas por la sociedad al Sr. Pedro Francisco no son un acto de disposición "a título oneroso", por lo que no resulta aplicable la presunción del art. 71.3.1º de la Ley Concursal ; (ii) no existe, y no se ha probado, ningún perjuicio para la masa activa ya que el socio-administrador efectuó sus aportaciones para sufragar gastos ordinarios de la concursada, y al efectuarse las devoluciones, la disminución del activo conllevó una correlativa disminución del pasivo social; y (iii) son actos de giro ordinario encuadrables en el art. 71.5 de la Ley Concursal .

La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación porque, sucintamente, consideró que se trataba de actos a título oneroso, al tratarse de pagos en el sentido jurídico de actos extintivos, total o parcial, de una deuda preexistente generada por una relación jurídica de préstamo entre las partes, a los que eran aplicables la presunción cuestionada, sin que se hubiera acreditado que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio-administrador la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia o no había sobrepasado en el pago de sus obligaciones exigibles; también porque la noción de perjuicio para la masa activa que no se reduce estrictamente a los actos que de modo directo produzcan una disminución del patrimonio del deudor, por falta de equivalencia de las prestaciones o por tratarse de actos a título gratuito, sino que también alcanza a aquellos que supongan un perjuicio indirecto por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores, cuando se provoca una alteración de la preferencia y prelación concursal para el cobro al favorecer al acreedor que en el concurso vería postergado su crédito hasta que cobraran los demás acreedores no subordinados, con lo que ha eludido, en perjuicio de éstos, el trato que le correspondería en el contexto concursal; y, por último, que ni se trataba de actos propios de la actividad profesional o empresarial del deudor, ni podían considerarse realizados en condiciones normales pues no había prueba de que al tiempo de hacerse los pagos la sociedad se hallara en una situación económica o patrimonial de normalidad que justificara el pago al socio financiador sin eludir el tratamiento subordinado en una situación concursal inminente o previsible.

Contra esta sentencia se interpone exclusivamente recurso de casación por los demandados.

Recurso de casación

SEGUNDO.-Motivo del recurso



Aunque el motivo del recurso no se encabeza con un enunciado que sintetice la infracción legal denunciada, la lectura del escrito de interposición muestra que en casación vuelven a plantearse fundamentalmente las tres cuestiones que se plantearon en el recurso de apelación: (i) los pagos hechos por la sociedad al Sr. Pedro Francisco no son un acto de disposición "a título oneroso", por lo que no resulta aplicable la presunción del art. 71.3.1º de la Ley Concursal, sin que la Administración Concursal haya probado el perjuicio; (ii) la sentencia recurrida acepta que el perjuicio patrimonial pueda ser indirecto (lo que en ocasiones los recurrentes califican como constitutivo de peligro "abstracto") como es el pago de deudas realmente existentes que supongan una alteración del orden de preferencia propio del concurso, pues al efectuarse las devoluciones, la disminución del activo conllevó una correlativa disminución del pasivo social; según los recurrentes dicho perjuicio sólo puede ser directo, por disminución injustificada de la masa activa sin compensación con una disminución correlativa de la masa pasiva, esto es, constitutiva de un peligro "concreto"; y (iii) la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley Concursal pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada.

Para justificar el interés casacional invocan dos sentencias que consideran en la línea que califican de "rigurosa", que sería la seguida por la sentencia recurrida, y otras dos que consideran en la línea que califican de "flexible" y que darían la razón a las recurrentes.

El recurso no puede ser estimado, por las razones que se exponen en los siguientes fundamentos.

TERCERO.- Valoración de la Sala. Actos dispositivos a título gratuito y a título oneroso a efectos de la aplicación de las presunciones del art. 71 de la Ley Concursal .

Los recurrentes alegan en su recurso que los pagos realizados por la sociedad al administrador para devolver parcialmente las cantidades aportadas por éste no son actos de disposición a título oneroso, y que por tanto no puede aplicarse la presunción del art. 71.3.1º de la Ley Concursal .

La alegación no puede ser estimada. El régimen del art. 71 de la Ley Concursal a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición realizados a título gratuito que en los realizados a título oneroso. Mientras que en los primeros siempre se presume el perjuicio, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

La alegación de los recurrentes de que los pagos cuestionados no son actos a título oneroso solo podría perjudicar su posición. En la distinción entre "actos de disposición a título gratuito" (art. 71.2 de la Ley Concursal) y "[actos] dispositivos a título oneroso" (art. 71.3.1º de la Ley Concursal) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración de la ley concursal ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos los desplazamientos patrimoniales que no puedan incluirse en la primera. No existe a estos efectos un "tertium genus", un tercer género a mitad de camino entre una y otra categoría.

En todo caso, la falta de onerosidad en el desplazamiento patrimonial por ausencia de contraprestación, porque tales pagos no respondieran a la devolución de un préstamo realizado por el administrador a la sociedad, solo puede suponer una peor situación del favorecido por el acto dispositivo en la aplicación del régimen de presunciones de perjuicio de las acciones concursales de reintegración, porque supondría que a efectos del art. 71 de la Ley Concursal los pagos fueron actos de liberalidad, en los que se presume el perjuicio sin posibilidad de prueba en contrario.

Las entregas dinerarias realizadas por la sociedad concursada al socio administrador en los dos años anteriores a la declaración de concurso son pagos en el sentido jurídico de actos debidos, "solvendi causa", realizados en el cumplimiento de las obligaciones que resultan de un negocio jurídico (se trataba de la devolución de un préstamo) y que han de ser encuadradas en el art. 71.3.1º de la Ley Concursal .

CUARTO.- La presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado

En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010 , se declaró que como regla general los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad, pues carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago, la



proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito, la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores].

Cuando la persona a la que se ha hecho el pago es alguna de las especialmente relacionadas con el concursado a las que se refiere el art. 93 de la Ley Concursal, el art. 71.3.1º presume el perjuicio patrimonial pero permite prueba en contrario. En consecuencia, en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada.

El socio-administrador demandado pudo, por tanto, haber probado la ausencia de perjuicio. La sentencia de la Audiencia Provincial apuntaba una de las circunstancias que, de haber sido probada, hubiera excluido la existencia de perjuicio, como es que al tiempo de hacerse los pagos al socio administrador la sociedad no se hallara todavía en situación de insolvencia o no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles.

Tal prueba no se ha practicado, por lo que la presunción de perjuicio no ha sido destruida.

QUINTO.- El perjuicio patrimonial puede consistir en el pago de deudas realmente existentes que suponga una alteración del orden de preferencia propio del concurso. Los préstamos sustitutos del capital social

Otro argumento de los recurrentes para fundar la alegación de infracción del art. 71 de la Ley Concursal es que la sentencia recurrida acepta que el perjuicio patrimonial pueda consistir en el pago de deudas realmente existentes que supongan una alteración del orden de preferencia propio del concurso, lo que los recurrentes denominan como perjuicio "indirecto" o constitutivo de peligro "abstracto". Afirman que el perjuicio que el art. 71 de la Ley Concursal exige para que los actos del concursado sean rescindibles solo puede ser "directo", por suponer tales actos una disminución injustificada de la masa activa sin compensación con una disminución correlativa de la masa pasiva, que denominan como constitutiva de un "peligro concreto".

El razonamiento tampoco se admite. El art. 71.3.1º de la Ley Concursal presume el perjuicio patrimonial en los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración. No se exige que tales actos supongan necesariamente una disminución injustificada de la masa activa. El carácter oneroso de los actos dispositivos supone, en principio, que la salida de un bien del patrimonio se ve compensada por la entrada de otros bienes o derechos.

La jurisprudencia ha admitido que el perjuicio exigido para que proceda la rescisión de los actos del concursado en el régimen de las acciones concursales de reintegración puede provenir de haberse realizado pagos en un momento en que el concursado se hallara en situación de insolvencia o hubiera sobreseído el pago de sus obligaciones exigibles de modo que se altere el régimen de preferencias propios del proceso concursal y se beneficie de modo injustificado a unos acreedores, los que reciben el pago, respecto de otros, que han de someterse a las quitas o esperas propias del concurso, o directamente a la pérdida total de su crédito por insuficiencia de la masa activa. Esta admisión se ha hecho con carácter general, esto es, también cuando se trata de disposiciones realizadas a favor de personas que no tengan el carácter de especialmente relacionadas con el concursado.

Tal criterio ha sido seguido por la jurisprudencia al aplicar el régimen de retroacción de la quiebra, en que se ha afirmado el carácter perjudicial de una dación en pago de una deuda de entre las diversas que mantenía la quebrada con sus acreedores, en un momento en que ya se encontraba en estado de insolvencia y debía haber instado un proceso concursal para el pago ordenado de sus deudas conforme al principio de la "par condicio creditorum" [igual condición de los acreedores], con lo que privó a la generalidad de sus acreedores de un activo con el que debían satisfacerse sus créditos con arreglo a criterios concursales, favoreciendo a uno solo de sus acreedores, que se vio libre de tener que concurrir al concurso y de sujetarse al orden de preferencias legalmente establecido para cobrar los créditos extinguidos con la dación en pago, en perjuicio del resto (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 70/2013, de 25 de febrero, recurso núm. 486/2008 ; 75/2013, de 28 de febrero, recurso núm. 547/2008 ; 90/2013, de 1 de marzo, recurso núm. 549/2008;102/2013, de 4 de marzo, recurso núm. 586/2008 ; 122/2013, de 5 de marzo, recurso núm. 572/2008 ; 131/2013, de 6 de marzo, recurso núm. 608/2008 ; 150/2013, de 7 de marzo, recurso núm. 610/2008 ; 154/2013, de 8 de marzo, recurso núm. 665/2008 ; 181/2013, de 11 de marzo, recurso núm. 673/2008 y 190/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 730/2008).

También se ha aplicado tal criterio en el régimen actual de la Ley Concursal. Se ha afirmado que existe perjuicio para la masa cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 629/2012, de 26 de octubre, recurso núm. 672/2010). La



razón ha de encontrarse en que cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacerlo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, fundamentalmente el de la "par condicio creditorum", y que por ello no respetar tales criterios ha de considerarse como un perjuicio para la masa.

Debe tenerse también en cuenta que por las características concretas de la operación enjuiciada, nos encontramos ante un supuesto típico de préstamo "societario", sustitutivo del capital social. Se trata de un préstamo de carácter societario en tanto que realizado por el socio mayoritario y administrador único, lo que le permite controlar el destino de los fondos suministrados. Ha sido concedido en condiciones diferentes a lo que sería una financiación por terceros típica, en tanto que no está documentado en alguna de las formas habituales en el tráfico económico, no consta si es remunerado, ha sido concedido por un tiempo indefinido ("cobrar cuando se pudiera"). En casos como este, la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital social y encubre un supuesto de infracapitalización, en que el capital social es tan exiguo que no sirve para acometer con normalidad la actividad social, ni siquiera para dotar a la sociedad de un patrimonio suficiente que le permita obtener financiación externa por parte de terceros.

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

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

Tales circunstancias constituyen algunas de las justificaciones de que los créditos frente a la sociedad concursada de los que sean titulares los socios «con una participación significativa en el capital social» (Exposición de Motivos, apartado V), de al menos el 5% o el 10% según los casos, y los administradores de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, sean créditos subordinados (art. 92.5 en relación al 93.2.1º y 2º, ambos de la Ley Concursal), si bien la Ley Concursal ha optado por calificar como crédito subordinado el resultante de cualquier operación entre la sociedad y las personas especialmente relacionadas, con independencia de que reúna las características de un préstamo societario o encubra supuestos de infracapitalización.

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

SEXTO.- Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales

El último argumento impugnatorio es que la sentencia recurrida infringe el art. 71.5 de la Ley Concursal pues se trata de actos de giro ordinario de la concursada.

El citado precepto establece en su primer inciso que «en ningún caso podrán ser objeto de rescisión los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales [...]». Como ha recordado la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 740/2012, de 12 de diciembre, recurso núm. 1336/2010 , el origen de este precepto está en la jurisprudencia recaída sobre el art. 878.II del Código de Comercio que a partir de un determinado momento excluyó del riguroso régimen de retroacción de la quiebra los actos o negocios que constituían una operación propia del tráfico de la quebrada, por tratarse de operaciones ordinarias, que en sí mismas no encierran ningún perjuicio. Tales actos ordinarios serían los «los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 896/1996, de 28 de octubre, recurso núm. 197/1993).

Para ser considerados como tales actos ordinarios no basta que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos. Es preciso que sean actos que, en una consideración de conjunto, tengan las características



normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional, pues respondan a la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere.

La determinación de lo que pueda considerarse como tales actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor es ciertamente casuística, sin que sea fácil establecer categorías generales cerradas. Como criterios útiles para la determinación se ha apuntado que presentan tal carácter los actos relacionados con el objeto social, cuando se trata de una sociedad, o los propios del giro típico de la actividad empresarial o profesional de que se trate, especialmente si han sido celebrados con consumidores, así como los que hayan sido generados por el mantenimiento del centro de actividad profesional o empresarial.

Es preciso además que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales.

La finalidad de esta excepción es proteger a quienes contrataron con el deudor declarado posteriormente en concurso y confiaron en la plena eficacia de tales negocios jurídicos en tanto que manifestaciones de la actividad económica normal del deudor y realizadas en las condiciones habituales del mercado, pues no presentaban ninguna característica externa que revelara la posibilidad de ser declarados ineficaces por causas que en ese momento no podían preverse.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la decisión de la Audiencia Provincial de no considerar aplicable la excepción del primer inciso del art. 71.5 de la Ley Concursal es acertada. La justificación de esta previsión legal, proteger la confianza del tercero en la eficacia de los actos en que se manifiesta la actividad normal del deudor, carece de sentido en actos como los que son objeto de enjuiciamiento. Tanto más cuando una de las causas de que se prevea el carácter subordinado de los créditos de los socios relevantes es, como se ha expuesto, que esta financiación suele encubrir supuestos de infracapitalización, en los que lo correcto hubiera sido una aportación suficiente de capital social para que la sociedad pudiera acometer su actividad gozando de un patrimonio suficiente que sirviera de garantía frente a sus acreedores.

Por lo expuesto, el reembolso de estas cantidades al socio mayoritario y administrador único en los dos años anteriores a la declaración del concurso, en perjuicio de otros acreedores, no puede considerarse como un acto ordinario de la actividad profesional o empresarial del deudor realizado en condiciones normales a efectos de hacerlo inatacable en el sistema de las acciones de reintegración del concurso.

Por lo expuesto el recurso de casación ha de ser desestimado.

SÉPTIMO . - Costas

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. 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 la entidad "SANT VICENÇ-CAN ROS, S.L." y por D. Pedro Francisco, contra la Sentencia núm. 280/2010, de 22 de septiembre, dictada por la sección decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 260/2010.

2.- Imponer a los expresados recurrentes las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito.

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, 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.