

Roj: SAP A 3114/2017 - **ECLI:**ES:APA:2017:3114

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Alicante/Alacant

Sección: 8

Nº de Recurso: 352/2017

Nº de Resolución: 503/2017

Fecha de Resolución: 20/12/2017

Procedimiento: Civil

Ponente: FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN

Tipo de Resolución: Sentencia

Cuestión

Concurso de acreedores. Nulidad de pacto suscrito en fase de cumplimiento de convenio. Acción de nulidad por causa ilícita.

Resumen:

La sentencia analizada resuelve recurso de apelación interpuesto contra la dictada en primera instancia que estimó la demanda presentada por la administración concursal para pedir la nulidad de la suscripción de ampliación de capital de una de las codemandadas (la concursada) por la otra codemandada con aportación dineraria y no dineraria contra participaciones sociales de la otra codemandada. El tribunal desestima el recurso de apelación y mantiene lo acordado: rechaza el litisconsorcio pasivo necesario (solo se anula la operación concreta, que no afecta a las demás sociedades que suscribieron ampliación de capital); expone la doctrina sobre impugnación de actos del concursado durante la fase de cumplimiento de convenio si después de abre la liquidación, y confirma la nulidad acordada: negocio con causa ilícita, pues existió una concertación para celebrarlo y, de ese modo, perjudicar a la masa del **concurso** en el más que previsible escenario de apertura de la fase de liquidación, por incumplimiento del convenio.

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCIÓN OCTAVA

TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA

ROLLO DE SALA n.º 352 (M-131) 17.

PROCEDIMIENTO: INCIDENTE CONCURSAL n.º 285/16.

JUZGADO DE LO MERCANTIL n.º 2 de ALICANTE.

SENTENCIA NÚM. 503/17

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán (ponente).

En la ciudad de Alicante, a veinte de diciembre del año dos mil diecisiete.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del juicio ordinario anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, SL, parte apelante, por tanto, en esta alzada, interviniendo con su Procuradora D.^a PILAR FUENTES TOMÁS, con la dirección letrada de D.^a HERMENEGILDA RIVES QUIRANTE; siendo la parte apelada LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE SAN JOSÉ INVERSIONES Y PROYECTOS URBANÍSTICOS SA EN LIQUIDACIÓN.

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del *Juzgado de lo Mercantil número 2 de Alicante*, se dictó *Sentencia*, de fecha 29 de marzo de 2017 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"Que debo estimar y estimo la demanda incidental interpuesta por la la administración concursal de SAN JOSÉ INVERSIONES Y PROYECTOS URBANÍSTICOS, S.A. contra la propia concursada y MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, S.L. y en consecuencia declaro la nulidad del contrato otorgado en escritura pública de 28 de diciembre de 2012 celebrado entre las demandadas por el que se suscribía la ampliación de capital de MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, S.L. y se hacía por SAN JOSÉ INVERSIONES Y PROYECTOS URBANÍSTICOS, S.A. aportación dineraria y no dineraria contra participaciones sociales de las fincas registrales del Registro de la Propiedad de Orihuela. 139.636, 139.642 y 139.640 (plazas de garaje nº 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45).*

Que debo condenar y condeno a MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, S.L. y SAN JOSÉ INVERSIONES Y PROYECTOS URBANÍSTICOS, S.A. a restituirse las prestaciones de tal manera que SAN JOSÉ INVERSIONES Y PROYECTOS URBANÍSTICOS, S.A. habrá de devolver las participaciones 8506 a 8870 y MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, S.L. deberá abonar a la masa la cantidad de SEISCIENTOS TREINTA MIL OCHOCIENTOS ONCE EUROS Y SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (630.811.69€) más los intereses legales de esta cantidad desde el 28 de diciembre de 2012."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 29 / 11 / 17, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO.-

La sentencia dictada en primera instancia ha estimado la demanda y ha declarado la nulidad del contrato otorgado en escritura pública de fecha 28 de diciembre de 2012, mediante el que SAN JOSÉ... suscribió la ampliación de capital de MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, SL (en adelante, MEXSA), efectuando aportaciones dinerarias y no dinerarias, al considerar, dicho sea muy en síntesis, que, habiéndose realizado dicho contrato encontrándose SAN JOSÉ en fase de cumplimiento de convenio, su causa fue ilícita, pues respondió a la concertación fraudulenta entre las mercantiles, con la finalidad de sustraer unos bienes de la acción de los acreedores del [concurso](#) ; máxime cuando la suscripción de la ampliación de capital no encuentra explicación pausable alguna y, poco después, SAN JOSÉ comunicó la imposibilidad de cumplir el convenio alcanzado en el [concurso](#) .

Contra dicha decisión se alza MEXSA denunciando, en primer término, falta de litisconsorcio pasivo necesario pues, a su entender, también deberían haber intervenido en el procedimiento las otras dos sociedades que suscribieron, junto con SAN JOSÉ, la ampliación de capital. Se alega incongruencia extra petitum, por excederse el fallo de la sentencia de lo petitionado en el suplico de la demanda y, por último, se insiste en los alegatos vertidos en la instancia, que reformula en base a una serie de motivos impugnatorios, que serán analizados en los siguientes fundamentos.

Anticipamos que compartimos la muy correcta y razonada sentencia dictada en la

instancia, a la que nos remitimos, a fin de evitar inútiles reiteraciones. De cualquier modo, incidiremos en algunos particulares, como se dirá.

SEGUNDO.-

La inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario es palmaria.

La recurrente mantiene que deberían haber intervenido en el litigio las otras dos sociedades que, junto con SAN JOSÉ, suscribieron la ampliación de capital.

Desestimaremos el alegato.

Sabido es que la figura jurídica del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, tiene su justificación última en una indebida constitución de la relación procesal, con base en la situación jurídico-material que se ventila en la litis, es decir, se pretende la presencia de todos los interesados en esta situación, únicos que pueden ser considerados como litisconsortes necesarios, y a los que obligatoriamente hay que llamar al proceso, en el que no puede recaer pronunciamiento condenatorio que les afecte de modo directo (*art. 1257 del Código Civil*). El litisconsorcio pasivo necesario implica que la relación jurídico- procesal sólo estará bien constituida cuando se haya dado la oportunidad de ser oídos en la litis a cuantos, por tener un interés directo en el pleito, puedan resultar afectados por lo fallado en el mismo, ya que en otro caso, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquellos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniera, hubiesen de verse obligados a acatar lo resuelto, que opera sobre sus derechos e intereses.

Importa poner de relieve, como ya tiene declarado la jurisprudencia, que no es de apreciar tal situación litisconsorcial cuando los posibles efectos hacia terceros se producen, con carácter reflejo, por una simple o mediata conexión, o porque la relación material sobre la que recae produce la declaración que sólo les afecta con carácter prejudicial o indirecto; en estos casos su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, sino voluntaria o adhesiva, ya que la extensión de los efectos de la cosa juzgada no les alcanza, ni se produce para ellos indefensión (*SS., entre otras muchas, 16-12-86 , 23-2-88 , 4-10-89 , 23-10 y 24-4-90 , 25-2-92 , etc.*)... A lo que cabe añadir, que esa afectación o acatamiento a lo ya resuelto por los no llamados (eficacia de cosa juzgada), en fase de ejecución no se cohonestaría con la imposibilidad de condena inaudita parte, por lo que, sería un obstáculo para la ejecución de la sentencia así pronunciada al no poderse imponer a quien pese a su conexión con la relación material controvertida no fue llamado al proceso.

Como quiera que lo que se ha pretendido en la demanda es atacar (con una amplia batería de instituciones jurídicas, como nulidad por causa ilícita, rescisión o rescisión por fraude) una operación muy concreta, en lo que concernía a la

sociedad concursada interviniente, no es precisa la intervención en el procedimiento de otras terceras empresas que, tan solo, coincidieron en suscribir la ampliación de capital. Ninguna indefensión se les ocasiona por no tener intervención en el proceso, y el fallo ninguna incidencia directa tendrá en su posición jurídica.

Tampoco existe la incongruencia denunciada, pues el fallo, al declarar la nulidad del negocio jurídico integrado en la escritura otorgada, es perfectamente congruente con el apartado primero del suplico de la demanda.

TERCERO. Impugnación de actos del concursado durante la fase de cumplimiento de convenio, cuando posteriormente se abre la liquidación. La STS de 23 de marzo de 2017 .-

Como se ha anticipado, la demanda tiene por objeto atacar un acto muy concreto, realizado por la mercantil concursada durante la fase de cumplimiento de convenio, una vez abierta con posterioridad la fase de liquidación.

Y, a tal efecto, articula, de modo subsidiario, varias pretensiones.

No está de más reseñar que la muy reciente *sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 2017* (en conjunción con otras anteriores, citadas en ella, particularmente la *STS de 3 de noviembre de 2015*) aborda la cuestión de la impugnación de actos realizados por el concursado durante la fase de cumplimiento de convenio, una vez que, posteriormente, se abre la fase de liquidación.

Del análisis de dicha resolución se pueden extraer las siguientes conclusiones:

i) No cabe ejercitar la acción rescisoria concursal, prevista en el *art. 71.1 LC* , ya que ésta solo puede instarse respecto de actos de disposición anteriores a la declaración del *concurso* . Además, "... *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 ".

ii) El resto de las acciones no tienen esta limitación temporal, aunque sí las que puedan derivarse de los plazos de caducidad y prescripción para su ejercicio. En cualquier caso, el ejercicio de estas acciones debe acomodarse a sus respectivos presupuestos y requisitos.

lii) 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 pudieran ejercitar 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. Tales acciones, por tanto, pueden ser: la rescisoria ordinaria, o pauliana; la de nulidad absoluta por simulación y la de nulidad absoluta por ilicitud de la causa. Aún cuando el fraude de acreedores pueda encontrarse latente en todas ellas, cada una estará sujeta a la concurrencia de los presupuestos precisos para su viabilidad, pudiendo ejercitarse unas u otras, o hacerse alternativa o subsidiariamente, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra. Como indica la *STS de 3 de noviembre de 2015*, "*es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente(...), siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad (bien por simulación, bien causa ilícita) respecto de los exigidos en la acción rescisoria*".

iii) La acción rescisoria ordinaria, o acción pauliana, tiene por objeto negocios válidos (no afectos de nulidad, por simulación o ilicitud de la causa), pero que tienen como consecuencia el fraude de los acreedores, sin que sea preciso un ánimo específico de perjudicar a dichos acreedores, bastando con el elemento objetivo de que dicho perjuicio se haya producido. También basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio y que el adquirente actúe con carácter cómplice, con conocimiento o conciencia de causar daño o perjuicio. Por tanto, no es necesaria la prueba de una actividad intencionada y directamente dolosa, basta la simple conciencia de causar daño al acreedor, incluso si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación.

iv) La acción de nulidad, por simulación contractual, procederá cuando sólo haya una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores; se trata del caso del negocio de disposición (mediante el que un bien sale de la masa activa) que, en realidad, constituye una simulación, pues tenía como objetivo impedir que con ese bien pueda cumplirse el convenio o satisfacer los créditos cuando se abra la fase de liquidación por incumplimiento del convenio (*STS 265/2013, de 24 de abril*). Sería un caso de simulación absoluta, de mera apariencia negocial, porque las partes intentan encubrir, con la celebración ficticia del negocio, la persistencia de la situación anteriormente existente, de modo que, si se tratara de un negocio traslativo, no ha habido traslación patrimonial ni realización de la contraprestación. Que la causa o motivo de la simulación pueda ser defraudar a los acreedores, no impide el ejercicio de esta acción ni obliga a promover la acción rescisoria. Esta acción de nulidad por

simulación absoluta es imprescriptible, pues se trata de una nulidad ipso iure, insubsanable y con efectos erga omnes.

v) La acción de nulidad, por causa ilícita, cabe, en los casos más graves, cuando el acto de disposición haya respondido al propósito común de defraudar a los acreedores (*STS 575/2015, de 3 de noviembre*). En estos casos, a diferencia de los anteriores, el negocio realmente se ha celebrado, pues las obligaciones contraídas por las partes y la voluntad de contraerlas son reales. En estos supuestos, puede considerarse que el propósito ilícito común de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal del *art. 1911 del Código Civil* , y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio: el fraude de los acreedores (o de algunos de ellos) no constituye la consecuencia de un contrato válido, sino la causa del contrato que, por su ilicitud, determina desde el inicio su ineficacia estructural.

Ya hemos indicado que, en la demanda, se articularon, de modo subsidiario, varias acciones: con carácter principal, la finalmente estimada, de nulidad de pleno derecho por causa ilícita; subsidiariamente, la acción rescisoria del *art. 71 de la Ley Concursal* y, por último, la acción pauliana.

CUARTO.-

Analicemos el negocio controvertido, a la vista del resultado de la prueba practicada en el procedimiento.

Estando SAN JOSÉ en fase de cumplimiento de convenio (la sentencia aprobatoria es de 16 / 3 / 2011), asumió trescientas sesenta y cinco participaciones de MEXSA, por un valor total de 365.000 €; que satisfizo mediante aportación dineraria de 65.000 €; y mediante aportación no dineraria, mediante la aportación de una serie de inmuebles, valorados en trescientos mil euros.

SAN JOSÉ es uno de los socios (el mayoritario) de MEXSA y, como tal, concurrió a la ampliación de capital.

Son circunstancias que han sido valoradas en la resolución recurrida y que se estiman debidamente probadas, las siguientes:

MEXSA es una sociedad que no reparte beneficios, que tiene poca actividad y con todos sus activos a la venta.

La valoración de los bienes aportados a MEXSA es superior a la que se le otorgó por las partes. De igual modo, el valor contable de las participaciones de MEXSA era muy inferior a la contraprestación recibida a cambio.

La que nos ocupa, ha sido la única ampliación de capital de MEXSA, sin que haya ofrecido explicación coherente alguna acerca de la necesidad de efectuarla o de la finalidad pretendida con ella.

Una vez abierta la fase de liquidación del **concurso** de SAN JOSÉ, y presentado informe por la administración concursal en que anunciaba que iba a ejercitar acciones de reintegración de dicha operación, pocos días después MEXSA procedió a enajenar a terceros los bienes que podrían resultar afectados por las mismas; enajenación que se produjo por un precio muy inferior al tomado en consideración en la suscripción de la ampliación de capital.

La suscripción de la ampliación de capital tuvo lugar en el año segundo del cumplimiento del convenio, donde ya se apreciaban las dificultades que iban a existir para poder llevarlo a efecto. Las conclusiones del informe acompañado como documento número 27 de la demanda son demoledoras: ya se enfrentaba SAN JOSÉ a un problema de liquidez y de déficit de circulante, con imposibilidad de saldar obligaciones de pago a corto plazo; problema de liquidez agravado por el comportamiento del mercado inmobiliario; importantes dificultades de financiación de la compañía, con una posición débil a la hora de solicitar crédito; los créditos de su titularidad presentan un alto riesgo de cobrabilidad; existencia de un resultado financiero negativo de más de cuatrocientos mil euros; paralización del proyecto inmobiliario principal que estaba ejecutando.

Pues bien, con estos antecedentes, y como se razona en la sentencia recurrida, se afrontó la suscripción de ampliación de capital, con una sociedad del grupo, a la que se entregó dinero en efectivo y un gran número de inmuebles; sin que se encuentre explicación alguna a tal negocio, más allá de la concertación para extraer ese activo de la sociedad concursada, anticipándose a un más que previsible incumplimiento del convenio.

Por lo dicho, la acción de nulidad debe prosperar, pues nos encontramos ante un caso paradigmático de negocio con causa ilícita, pues existió una concertación para celebrarlo y, de ese modo, perjudicar a la masa del **concurso** en el más que previsible escenario de apertura de la fase de liquidación, por incumplimiento del convenio.

Por lo dicho, y sin necesidad de mayores disquisiciones, desestimaremos el recurso interpuesto; confirmando, asimismo, la condena al pago del interés legal, en los términos fijados en el fallo, pues con ello se consigue la plena indemnidad, dada la indebida salida patrimonial que realizó la sociedad concursada.

QUINTO.-

La desestimación del recurso de apelación conlleva, de conformidad con los 394 y

398 de la LEC, la imposición de las costas a la parte apelante, al no apreciarse que la cuestión promovida presente serias dudas de hecho o de derecho.

La confirmación de la resolución recurrida supone la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso (D. A. 15ª.9 LOPJ).

SEXTO.-

La presente sentencia no es firme y podrá interponerse contra ella, ante este tribunal, recurso de casación (bien porque la cuantía del proceso exceda de 600.000 €; - art.477.2.2º LEC -, bien porque se considere que su resolución puede presentar interés casacional) - art. 477.2.3º LEC) y, en su caso, también, y conjuntamente, recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, del/los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Al tiempo de la interposición de dicho/s recurso/s deberá acreditarse la constitución del depósito de 50 €; para recurrir -que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER-, y tasas que legalmente pudieran corresponder, advirtiéndose que sin la acreditación de la constitución del depósito indicado no será/n admitido/s.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con **desestimación** del recurso de apelación interpuesto por la representación de MEXSA GRUPO EMPRESARIAL, SL contra la *sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Alicante, de fecha 29 de marzo de 2017* , en los autos de incidente concursal n.º 285 / 16, **debemos confirmar y confirmamos dicha resolución** , imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido desestimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha. Certifico.