

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 4 Jul. 2011, rec. 91/2011

Ponente: Garnica Martín, Juan Francisco.
Nº de Sentencia: 289/2011
Nº de Recurso: 91/2011
Jurisdicción: CIVIL

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Declaración concursal. Acción de reintegración. -- Incidente concursal.

Normativa aplicada

TEXTO

En la ciudad de Barcelona, a cuatro de julio de dos mil once.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCION DECIMOQUINTA

Rollo núm. 91/2011-3ª

Incidente concursal núm. 227/2010

Dimanante de concurso núm. 624/09 (Concurso: Cine Picarol, S.A.)

Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona

SENTENCIA núm. 289/2011

Ilustrísimos Señores Magistrados:

D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

D. LUIS GARRIDO ESPA

D. JUAN F. GARNICA MARTÍN

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de incidente concursal, tramitados con el número arriba expresado por el Juzgado Mercantil número 3 de esta localidad, por virtud de demanda de la Administración Concursal de Cine Picarol, S.A. contra Cine Picarol, S.A., Circuito Cinematográfico, S.A., Jesús Ángel y Multicompleso La Spezzia, S.R.L., pendientes en esta instancia al haber apelado la Administración Concursal de Cine Picarol, S.A. la sentencia que dictó el referido Juzgado el día 11 de junio de 2010.

Han comparecido en esta alzada la apelante, así como la demandada Multicompleso La Spezzia, S.R.L. en calidad de apelada, representada por la Procuradora Sra. Feixas y defendida por el letrado Sr. Botifoll.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Desestimando la demanda interpuesta por la administración concursal de la entidad mercantil Cine Picarol contra las mercantiles Multicompleso la Spezia*

S.R.L., Circuito Cinematográfico S.A., Cine Picarol S.A. y don Jesús Ángel no ha lugar a la rescisión de la la pignoración de participaciones sociales sobre las mercantiles Multiplex Gran Via S.L. y Espectáculos Padró y Cabot, S.L. otorgada por la mercantil Cine Picarol S.A. a favor de la mercantil Multicompleso la Spezzia S.R.L. que garantizaba la deuda de don Jesús Ángel y Circuito Cinematográfico S. A. No hay condena en costas».

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la Administración Concursal de Cine Picarol, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 1 de junio pasado.

VISTOS por el Ilmo. Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, magistrado ponente.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. 1. La Administración Concursal de Cine Picarol, S.A. (en adelante, AC) solicitó la reintegración concursal, al amparo del art. 71.2 de la Ley Concursal (en adelante, LC) de un negocio jurídico de constitución de garantía prendaria sobre unas participaciones sociales propiedad de la concursada en garantía de un crédito de 1.821.429,93 euros que dos terceros relacionados con la concursada, el Sr. Jesús Ángel y la sociedad Circuito Cinematográfico, S.A., tienen con Multicompleso la Spezzia, S.R.L. (en adelante Spezzia).

2. Todos los demandados se allanaron a la pretensión, salvo Spezzia que se opuso alegando que entre la concursada, el Sr. Jesús Ángel y Circuito Cinematográfico existe una relación de grupo de empresas, con confusión de patrimonios y unidad de dirección económica, por lo que se impone la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo social, para evitar el fraude a los derechos de los acreedores. También adujo que una parte de las participaciones pignoradas (las de la sociedad Espectáculos Padró y Cabot, S.L.) ya no se encuentran en el patrimonio de la concursada.

3. La sentencia de primer grado desestimó la demanda considerando que el acto de constitución de garantías a favor de personas o entidades que forman parte del mismo grupo de empresas que la concursada no puede considerarse un acto gratuito.

4. Recurre frente a ella la AC, que se funda en los siguientes motivos:

- i) No puede considerarse que exista grupo de empresas en el conjunto de sociedades de la familia Jesús Ángel .
- ii) Incluso en el caso de que existiera grupo de empresas, ello no priva al acto de constitución de garantías en beneficio de deudas ajenas del carácter perjudicial para la masa.

SEGUNDO. Los hechos relevantes que sirven de contexto a la controversia que enfrenta a las partes son los siguientes:

1º) Multicompleso Spezzia, en su día participada por la familia Jesús Ángel , es acreedora del Sr. Jesús Ángel y de Circuito Cinematográfico por razón de que dispusieron de forma indebida de cantidades de dinero de la primera a favor de la sociedad Circuito Cinematográfico Chile, sociedad de la que Circuito Cinematográfico posee el 90 % del capital.

2º) La concursada Cine Picarol es también una sociedad de la familia Jesús Ángel . De su consejo de administración forman parte los hermanos Jaime, Camilo y Mercedes.

3º) En fecha 1 de octubre de 2006 Cine Picarol concedió un préstamo participativo a Circuito Cinematográfico por importe de 2.200.000 euros.

4º) En fecha 26 de octubre de 2006 Circuito Cinematográfico vendió a Cine Picarol las participaciones sociales que ostentaba en las sociedad Multiplex Gran Vía, S.L. y Espectáculos Padró y Cabot, S.L por el precio total de 688.829 euros.

5º) El 18 de julio de 2008, a la vez que se reconocía la deuda por parte del Sr. Jesús Ángel y Circuito Cinematográfico, Cine

Picarol pignoró, en garantía de la deuda, las participaciones referidas.

6º) El 23 de octubre de 2008 Cine Picarol vendió a Espectáculos Padró y Cabot, S.L, las participaciones de la esta sociedad, que las adquirió en régimen de autocartera. Esas participaciones habían sido adquiridas en fecha 26 de octubre de 2006 por valor de 420.329 euros y se vendieron dos años más tarde por importe de 1.275.000,86 euros.

TERCERO. 1.Tras establecerse en el art. 71.1 LC que serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiera existido intención fraudulenta, el art. 71.2 LC establece que el perjuicio se presumirá, sin admitir prueba en contrario, en los actos de disposición a título gratuito. Para la AC, la constitución de una garantía sobre bienes de la concursada y a favor de una deuda ajena dentro del período de los dos años anteriores a la declaración constituye claramente un acto a título gratuito, razón por la que debe ser considerado perjudicial para la masa y rescindido, con independencia de que la deuda garantizada fuera de personas integrantes del mismo grupo empresarial que la concursada.

2. Que la constitución de una garantía no sea en sentido propio un acto de disposición no le excluye del art. 71.2 LC , siempre que resulte gratuito, que es lo que discuten las partes. Para la AC es, sin lugar a dudas un acto gratuito, porque no tuvo contraprestación alguna, mientras que la acreedora demandada (Spezzia) sostiene que existía contraprestación, derivada de la particular naturaleza de la relación de grupo existente entre las partes y de las concretas operaciones entre las diversas sociedades.

3.El mero hecho de que pueda existir una relación de grupo entre la concursada y los deudores garantizados no es, por sí misma, razón por la que deba considerarse que el acto no es gratuito y no resulte de aplicación la presunción *iuris et de iure* de perjuicio del art. 71.2 LC . Nada autoriza a llegar a esa conclusión, que podría poner en cuestión toda la lógica del precepto. Es precisamente en el ámbito de las personas especialmente relacionadas, entre las que se encuentra el grupo de empresas, donde se pueden producir negocios jurídicos de carácter gratuito. De manera que resulta irrazonable excluir la aplicación de la norma por el mero hecho de existir la relación de grupo.

4.Cuestión distinta es que, por la particular naturaleza de las relaciones existentes dentro del grupo de sociedades, pueda concluirse que una operación que aparentemente es gratuita no lo sea en realidad, porque exista un interés económico por parte de quien lo realiza que la explique, más allá de la mera liberalidad. Eso es distinto y admisible. Habrá que analizar la operación, en si misma considerada y en el contexto en el que se produjo, para determinar si verdaderamente es gratuita u onerosa, pues únicamente en el primer caso entraría dentro de la presunción de perjuicio del art. 71.2 LC .

Lo que Spezzia defiende es que la garantía no fue gratuita y lo hace desde una doble perspectiva: (i) al contestar a la demanda lo hizo desde una perspectiva relativamente genérica, invocando las normas sobre el levantamiento del velo social; (ii) al contestar al recurso ha podido precisar su postura, gracias a la información que el propio proceso le ha facilitado y de la que antes carecía, y aduce que las diversas operaciones realizadas entre las diversas sociedades integrantes del grupo evidencian que el acto no es gratuito.

5.La doctrina sobre el levantamiento del velo social no tiene mucho que decir en un proceso como éste cuyo único objeto es examinar si una concreta operación es perjudicial para la masa y debe ser reintegrada. El acreedor que se puede ver afectado por esa reintegración no pugna directamente contra el deudor y su entorno, ámbito en el que es de aplicación la referida doctrina, sino contra la masa de acreedores, esto es, contra quienes se encuentran en una posición similar a la suya. Por esa razón, aunque de verdad hubiera podido existir abuso de la personificación, no puede sin más levantarse el velo de forma general. La confusión de patrimonios o esferas, que puede justificar el levantamiento del velo, puede producir algunos efectos durante el concurso, como se deriva que el propio legislador la contemple en el art. 3.5 LC para permitir la declaración conjunta del concurso, pero no es un instrumento útil en el examen de una acción de reintegración, como no sea para una finalidad precisamente contraria a la que pretende la demandada, esto es, para extender el ámbito de la reintegración concursal, pero no para limitarla.

6.El examen de las concretas operaciones intersocietarias realizadas en el entorno de la cuestionada tampoco justifica que la misma se deje de considerar como gratuita. Es cierto que las participaciones grabadas previamente habían sido titularidad de la deudora Circuito Cinematográfico, que las vendió a la concursada aproximadamente dos años antes de la constitución de la garantía. Y también es cierto que esa venta se produjo con mucha proximidad a la concesión de un préstamo participativo de la concursada a Circuito Cinematográfico, si bien eso no es razón que pueda justificar la onerosidad de la constitución de la garantía. Y tampoco lo es el hecho de que el importe por el que esta venta se realizó pudiera ser muy inferior al de valor de mercado de las participaciones. El lapso de tiempo que media entre las dos operaciones es de dos años y no permite pensar que pudiera existir relación entre ellas que pudiera explicar el carácter oneroso de la concesión de la garantía.

Por otra parte, si lo que Spezzia sugiere es así, esto es, que se tratara de una venta realizada en fraude de acreedores, el acreedor tiene a su disposición las oportunas acciones para revocarla. Pero ello no afecta a lo que es objeto del presente procedimiento.

7.Tampoco se puede excluir que la onerosidad de la constitución de la garantía proceda de otras razones, tales como el mismo interés económico que la sociedad que la constituye podría tener en la propia obligación garantizada o en los deudores. No obstante, tampoco esta razón se estima concurrente en el caso para justificar que la operación se deje de considerar gratuita, al no haberse acreditado en qué consistiría concretamente el interés que la concursada podría tener al constituir la garantía. El mero hecho de que los deudores garantizados sean personas especialmente relacionadas con ella no es suficiente cuando está acreditado que se trata de una obligación preexistente y no se ha acreditado qué concreto perjuicio habría podido sufrir la concursada caso de no haberla prestado, sea de forma directa o indirecta.

CUARTO. Spezzia también se opone a la reintegración aduciendo que la misma no tiene justificación respecto de parte de las participaciones pignoradas, al haber quedado acreditado que las mismas fueron vendidas por la concursada a un tercero, precisamente la sociedad Espectáculos Padró y Cabot, la titular de esas participaciones, que las compró en régimen de autocartera por un valor muy superior al que hubo de pagar la concursada.

En esto tiene razón la recurrente. No se acaba de entender el interés que puede tener para el concurso la reintegración de la garantía respecto de las participaciones de la sociedad Espectáculos Padró y Cabot cuando esas participaciones ya no se encuentran incluidas entre los activos del mismo, tal y como resulta de la acreditación de su venta en fecha 23 de octubre de 2008, aproximadamente tres meses después de pignoración. En realidad, con esta acción no se persigue la reintegración de ningún activo a la masa, razón por la que carece de interés para el concurso.

Por consiguiente, el éxito de la acción de reintegración debe quedar limitado a las participaciones que aún se mantienen en la masa activa del concurso, esto es, las correspondientes a la sociedad Multiplex Gran Vía, S.L.

QUINTO. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haber sido estimado en parte el recurso.

Tampoco procede hacer imposición de las costas de la primera instancia, al haberse estimado en parte la demanda y no existir razón que justifique apartarse del criterio objetivo del vencimiento que consagra el art. 394 LEC .

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Administración Concursal de Cine Picarol, S.A contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 11 de junio de 2010 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y en su lugar se acuerda estimar en parte la demanda de la Administración Concursal de Cine Picarol, S.A. contra Cine Picarol, S.A., Circuito Cinematográfico, S.A., Jesús Ángel y Multicomplexo La Spezzia, S.R.L. y:

- a) Declarar rescindida la pignoración de las 268.500 participaciones sociales que la concursada tiene en la sociedad Multiplex Gran Vía, S.L., realizada a favor de Multicomplexo La Spezzia, S.R.L.
- b) Declarar que las participaciones referidas, esto es, las núm. 1506 a 3010 y 209.006 al 476.000, todas ellas inclusive, están libres de dicha carga.
- c) Notificar a Multiplex Gran Vía, S.L. esta resolución con el objeto de que cancele de su Libro de Registro de Socios la referida cancelación.

No procede imponer las costas de la primera instancia ni las del recurso.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.