



Roj: **SAP B 10980/2022 - ECLI:ES:APB:2022:10980**

Id Cendoj: **08019370152022101471**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/10/2022**

Nº de Recurso: **2562/2022**

Nº de Resolución: **1462/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120188015972

Recurso de apelación 2562/2022 -3

Materia: Incidente

Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 06 de Barcelona

Procedimiento de origen: Pieza Incidente concursal oposición calificación (art.451 LC) 63/2021

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012256222

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012256222

Parte recurrente/Solicitante: BOIRA DIGITAL 2012, S.L., Herminia , Nicolas , BELLAMOM 2017, S.L.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro, Ignacio Lopez Chocarro, Ignacio Lopez Chocarro, Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a:

Parte recurrida: DE PASCUAL & MARZO ABOGADOS S.L., Ador Concursal , HOME MEAL REPLACEMENT, S.A.

Procurador/a: Emma Nel.Lo Jover

Abogado/a: Javier Prieto Conca, Gerard Solé Domínguez, Ignacio Alonso-Cuevillas Fortuny

Cuestiones.- Calificación concursal. Causa general. Alzamiento de bienes.

SENTENCIA núm. 1462/2022

Ilmos. Sres. Magistrados

JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DOÑA NURIA LEFORT RUIZ DE AGUIAR

En Barcelona, a trece de octubre de dos mil veintidós.

Parte apelante: DON Nicolas , BELLAMOM 2017, S.L., D^a. Herminia y BOIRA DIGITAL S.L.

Parte apelada: Administración concursal

Ministerio Fiscal

Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 31 de marzo de 2022

-Demandante: Administración concursal y Ministerio Fiscal

-Demandada: HOME MEAL REPLACEMENT S.A., DON Nicolas , BELLAMOM 2017, S.L., D^a. Herminia y BOIRA DIGITAL S.L.

-Concursada HOME MEAL REPLACEMENT S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Se declara:

1º) Calificar como *CULPABLE* el concurso de HOME MEAL REPLACEMENT, S.A.

2º) Determinar persona afectada por la calificación a DON Nicolas y como cómplices a BELLAMOM 2017, S.L., D^a. Herminia , y a BOIRA DIGITAL S.L,

3º) Inhabilitar a D. Nicolas para administrar bienes ajenos y para representar o administrar a cualquier persona por un plazo de CINCO AÑOS y privarle de cualquier derecho que pudiera tener como acreedor concursal o contra la masa.

4º) Privar a BELLAMOM 2017, S.L., D^a. Herminia , y a BOIRA DIGITAL S.L, de cualquier derecho que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa.

5º) Condenar a D. Nicolas , de forma solidaria con BELLAMOM 2017, S.L, a reintegrar a la masa del concurso la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUARENTA EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (389.040,44.-€), que se corresponde con el importe de los créditos que se compensaron en virtud del contrato de compensación de créditos suscrito en fecha de 8 de octubre de 2018, entre HOME MEAL REPLACEMENT S.A y BELLAMOM 2017, S.L.

6º) Condenar a BELLAMOM 2017, S.L, de forma solidaria con D. Nicolas a reintegrar a la masa del concurso la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUARENTA EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (389.040,44.-€), que se corresponde con el importe de los créditos que se compensaron en virtud del contrato de compensación de créditos suscrito en fecha de 8 de octubre de 2018, entre HOME MEAL REPLACEMENT S.A y BELLAMOM 2017, S.L.

7º) Condenar a DOÑA Herminia de forma solidaria con D. Nicolas y BELLAMOM 2017, S.L. a reintegrar a la masa del concurso la suma de OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (86.255,20.-€), importe que se corresponde con el crédito que cedió a BELLAMOM 2017, S.L. para que pudiera compensar sus deudas frente a HOME MEAL REPLACEMENT, S.A en virtud del contrato de compensación de créditos suscrito en fecha de 8 de octubre de 2018 entre ambas compañías.

8º) Condenar a BOIRA DIGITAL S.L, de forma solidaria con D. Nicolas y BELLAMOM 2017, S.L. a reintegrar a la masa del concurso la suma de CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y CINCO EUROS CON VEINTICUATRO CÉNTIMOS (157.135,24.-€), importe que se corresponde con los créditos que cedió a BELLAMOM 2017, S.L. para que pudiera compensar sus deudas frente a HOME MEAL REPLACEMENT, S.A en virtud del contrato de compensación de créditos suscrito en fecha de 8 de octubre de 2018 entre HOME MEAL REPLACEMENT S.A y BELLAMOM 2017, S.L.

Sin condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del demandado. Dado traslado a las partes, la administración concursal presentó escrito de oposición.



TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 29 de septiembre de 2022.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.

1. En el concurso de HOME MEAL REPLACEMENT S.A. (en adelante, HMR), declarado por auto de 22 de febrero de 2019, tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron que el concurso se declarara como culpable por tres causas -haber incurrido el deudor en dolo o culpa grave en la generación y agravación de la insolvencia (artículo 442.1º de la LC), alzamiento de bienes (artículo 443.1º) y salida fraudulenta de bienes (artículo 443.2º)- que se sustentan en unos mismos hechos, en concreto, el acuerdo de compensación de créditos suscrito entre la concursada y la entidad BELLAMOM 2017 S.L. (en adelante, BELLAMON) el día 8 de octubre de 2018 (anexo IV del informe de calificación). De las actuaciones resultan los siguientes hechos relacionados con el acuerdo de compensación:

1º) El 8 de octubre de 2018, Nicolas (presidente del consejo de administración y consejero delegado de la concursada), en representación de HRM, de un lado, y BELLAMON, representada por Herminia , en su condición de administradora de dicha entidad, de otro, suscribieron el contrato de compensación de créditos antes reseñado. La Sra. Herminia es la esposa del Sr. Nicolas . En el contrato las partes manifiestan que BELLAMOM adeuda a HMR 403.230,58 euros y que esta, a su vez, adeuda a BELLAMON 389.040,44 euros. El crédito de BELLAMOM con la concursada trae causa de la cesión a favor de esta de los siguientes créditos; (i) 86.255,20 que HRM adeudaba Herminia como indemnización laboral; (ii) 302.785,24 euros en concepto de préstamos (y otros conceptos menores) concedidos a la concursada por el Sr. Nicolas y la entidad BOIRA DIGITAL S.L.U. El Sr. Nicolas es socio y administrador único de BOIRA DIGITAL S.L.U.

2º) Como efecto de la compensación de créditos, se reconoce en el contrato un crédito a favor de HRM por importe de 14.190,14 euros.

3º) Quince días después de firmado el acuerdo de compensación de créditos, HMR presentó la comunicación de inicio de conversaciones con sus acreedores del artículo 5 bis de la LC, que fue admitida a trámite por Decreto del Juzgado de lo Mercantil 6 de 24 de octubre de 2019.

4º) El crédito compensado representa el 1,367% del pasivo de la concursada, que es superior a los 29 millones de euros.

2. La administración concursal alegó que los cesionarios de los créditos - Herminia , Nicolas y BOIRA DIGITAL S.L.U.- eran plenamente conscientes cuando suscribieron el acuerdo de compensación que sus expectativas de cobro eran nulas, dada su estrecha relación con la concursada y la situación de insolvencia inminente en la que se encontraba. Por el contrario, quienes suscribieron el acuerdo conocían que BELLAMOM, como franquiciada de HMR, era viable y estaba en condiciones de hacer efectivos sus créditos.

3. La administración concursal alegó que toda la operación se montó de forma fraudulenta para "sacar" del activo de la concursada un crédito vencido y exigible, por importe de 389.040,44 euros, incardinando los hechos en la causa general del artículo 442.1º de la LC y en los supuestos de los apartados 1º (alzamiento de bienes) y 3º (salida fraudulenta de bienes) del artículo 443 de la LC.

4. La sentencia de instancia acoge los argumentos de la administración concursal y califica el concurso como culpable por las tres causas señaladas. Declara a Nicolas persona afectada por la calificación, inhabilitándole por un plazo de cinco años, y a BELLAMOM, Herminia y BOIRA DIGITAL S.L. cómplices. A todos ellos la sentencia les condena a la pérdida de cualquier derecho como acreedores concursales o de la masa. Por último, la sentencia condena a los demandados a que reintegren a la masa, en concepto de daños y perjuicios, la suma de 389.044,44 euros.

5. La sentencia es recurrida por los demandados, que estiman improcedente la calificación del concurso como culpable por los siguientes motivos (en síntesis): (i) la compensación de créditos era procedente por cuanto concurrían todos los requisitos legales; (ii) HMR no se encontraba en insolvencia cuando se firmó el acuerdo de compensación y, por tal motivo, no contemplaba en ese momento presentar la comunicación del artículo 5 bis; (iii); BELLAMOM era una empresa de reciente constitución incurso desde el año 2017 en causa de disolución y que no disponía de recursos para atender la deuda con HMR; (iv) la compensación de créditos estaba justificada por razones empresariales, dado que beneficiaba tanto a HMR, como franquiciadora, como a BELLAMOM, como franquiciada; (v) la pretensión de culpabilidad es abusiva atendida la escasa relevancia del crédito compensado (representaba un 1,3% del total del pasivo); (vi) el acuerdo no debía ser aprobado



por el consejo de administración y no le fue ocultado, como se afirma por la administración concursal; (vii) la compensación no incrementó el pasivo ni agravó la insolvencia de HMR.

6. La administración concursal se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia apelada por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.-Culpabilidad del concurso por la causa general del artículo 442.1º de la Ley Concursal .

7. Como hemos adelantado, la sentencia apelada, en línea con lo sostenido por la administración concursal en su informe, declara la culpabilidad del concurso con arreglo a la causa general del artículo 442 de la LC, por el que *"el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones."*

8. De acuerdo con el relato de la administración concursal, que se asume por el juez de instancia, los demandados habrían logrado "sacar fraudulentamente" un activo de la sociedad, en concreto, el crédito que ostentaba la concursada contra BELLAMOM de 403.230,58 euros. La pérdida de ese activo se habría articulado mediante el acuerdo de compensación de créditos firmado el 8 de octubre de 2018, fecha muy próxima a la comunicación del artículo 5 bis de la LC (vigente en aquel momento) y, en última instancia, de la declaración de concurso, que tuvo lugar por auto de 22 de febrero de 2009. La insolvencia se agravó, al entender de la administración concursal, en la misma cuantía del crédito extinguido mediante la compensación. El carácter fraudulento de la operación lleva a la sentencia de instancia a mantener la culpabilidad del concurso tanto por la causa general del artículo 442.1º, como por las causas contempladas en el artículo 443.1º (alzamiento de bienes) y 443.2º (salida fraudulenta de bienes).

9. El recurso opone, en primer lugar, que concurrían los requisitos legales de la compensación en el momento de firmarse el acuerdo entre HMR y BELLAMON, en la medida que las firmantes eran recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro (artículo 1195 del Código Civil) y titulares de créditos líquidos, vencidos y exigibles (artículo 1.196), extinguiéndose las obligaciones en la cantidad concurrente. Entendemos, sin embargo, que la concurrencia de los requisitos legales de la compensación no excluye que el acto sea lesivo para la sociedad concursada y haya contribuido a la agravación de la insolvencia, con dolo o culpa grave de las personas que diseñaron la operación, dado que BELLAMOM no era el titular originario de los créditos a compensar sino que le fueron cedidos previamente por los demandados, sin que pueda descartarse a priori que la cesión tuviera como única finalidad posibilitar la compensación.

10. Por otro lado, descartamos que la "limitada cuantía" de las deudas compensadas (apenas representan el 1,3% del total del pasivo) impida que analicemos la operación, como se sostiene por el recurrente, que llega a considerar la pretensión de culpabilidad como un auténtico abuso de derecho, teniendo en cuenta que el pasivo total supera los 29 millones de euros.

11. A partir de ahí, tampoco estimamos que con el acuerdo de compensación de créditos se haya " sacado" o distraído un activo de la sociedad, en el sentido que se indica en el informe de la administración concursal. No se cuestiona, al menos en esta segunda instancia, que los créditos cedidos a BELLAMOM por Nicolas , Herminia y BOIRA DIGITAL existieran y fueran exigibles. Tienen su origen en sendos préstamos otorgados por el Sr. Nicolas y BOIRA DIGITAL a la concursada y en la indemnización por despido de la que era acreedora la Sra. Herminia . Contablemente un saldo acreedor se compensa con un saldo deudor, por lo que la operación, a estos efectos, es neutra. Lo mismo cabe decir si se analiza desde la perspectiva de la situación patrimonial de la empresa.

12. Ciertamente, dado que el acuerdo de compensación se suscribió pocos meses antes de declararse el concurso, es lógico considerar el tratamiento de los créditos en el proceso concursal, como así hace la administración concursal y la sentencia apelada. Teniendo en cuenta la vinculación de los acreedores cedentes con la concursada, de no haberse producido el acuerdo de compensación su crédito en el concurso sería subordinado, quedando a todos los efectos postergado.

13. Sin embargo, lo relevante, para determinar si hubo o no agravación real de la insolvencia, es valorar el crédito de HMR con BELLAMOM y la probabilidad de que pudiera hacerse efectivo en el momento en que quedó extinguido por la compensación. Pues bien, en el informe de la administración concursal se señala que el *"crédito era de relativamente cómoda percepción"*, cuando de la documental aportada por la propia administración concursal y, en general, de la prueba practicada se desprende exactamente lo contrario. En efecto, no es controvertido que BELLAMOM explotaba tres franquicias de HMR/NOSTRUM, acumulando pérdidas en los ejercicios inmediatamente anteriores a la declaración de concurso. Las cuentas anuales



del ejercicio 2017 reflejan un patrimonio neto negativo de 19.544,14 euros, tras haber cerrado con pérdidas de 55.030,41 euros (documentos 19 y 20 de la oposición). No se discute que también en el ejercicio 2018 BELLAMOM volvió a incurrir en pérdidas de 54.496,22 euros, que se compensaron con las aportaciones que hicieron los socios. La administración concursal aportó un informe financiero de BELLAMON (anexo V, folio 183) que reseña " *que la situación financiera de la compañía es desfavorable, con fondos propios negativos*" y que la capacidad de generar recursos líquidos de las ventas generadas con el ejercicio de su actividad se sitúa por debajo de las empresas del sector al que pertenece. El informe añade que " *la sociedad tiene nula capacidad para hacer frente a la financiación externa*" y que la " *capacidad para hacer frente a sus deudas a corto plazo es nula*". La probabilidad de retraso en los pagos se cifra en el informe en el 98,44%.

14. En definitiva, consideramos que el acuerdo de compensación no produjo merma patrimonial alguna a HMR ni agravó su insolvencia, dado que BELLAMOM, sociedad que estaba y está incurso en causa de disolución, no tenía patrimonio ni generaba recursos para hacer efectiva la deuda contraída con la concursada. No concurre, por tanto, uno de los presupuestos del artículo 442.1º de la Ley Concursal, esto es, que el comportamiento activo o pasivo del deudor haya producido como resultado la generación o agravación de su insolvencia.

15. Descartada la agravación de la insolvencia, no es necesario valorar aquellas circunstancias esgrimidas por el recurrente que excluirían el dolo o la culpa grave, como son la situación de HMR cuando se suscribió el acuerdo de compensación -sostiene el recurso que el escenario de la comunicación del artículo 5 bis no se contemplaba al estar muy avanzado el proceso de refinanciación con la Banca- o la lógica empresarial del propio acuerdo. Tampoco en qué medida el acuerdo se ocultó o no al consejo de administración -el recurso lo niega-.

16. Por los mismos motivos tampoco apreciamos alzamiento de bienes o salida fraudulenta de bienes, dado que no estimamos que el acuerdo de compensación haya menoscabado el patrimonio de la concursada.

Por lo expuesto, con estimación del recurso, debemos revocar la sentencia apelada, declarando el concurso como fortuito.

TERCERO.-Costas procesales.

17. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen al recurrente las costas del recurso. Tampoco se imponen las costas de primera instancia al no apreciarse temeridad (artículo 455.3º de la LC).

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Nicolas , BELLAMOM 2017, S.L., Dª. Herminia y BOIRA DIGITAL S.L., contra la sentencia de 31 de marzo de 2022, que revocamos. En su lugar, calificamos el concurso de HOME MEL REPLACEMENT S.A. como fortuito. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias y con devolución del depósito.

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

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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