



Roj: **STS 5693/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5693**

Id Cendoj: **28079110012014100726**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2014**

Nº de Recurso: **766/2013**

Nº de Resolución: **735/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **SEBASTIAN SASTRE PAPIOL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup>. Irma Amaya Correa en nombre y representación de D. Camilo , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 4<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dimanante del incidente concursal 46/2010 que a nombre de la Administración Concursal de Jenmeri, SL, se siguen ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. La Administración concursal de Jenmeri, S.L., formuló demanda incidental de reintegro o rescisoria, frente a Jenmeri, S.L., y D. Camilo , en la que suplicaba lo siguiente: "*[...] dicte sentencia declarando la rescisión y consiguiente ineficacia de los pagos impugnados y condenando a D. Camilo a reintegrar a la masa activa el importe de ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y ocho euros con dieciocho céntimos (154.438,18 €), correspondiente a las facturas indebidamente emitidas y cobradas, y subsidiariamente el importe de ochenta y cinco mil seiscientos veintisiete euros con sesenta y dos céntimos (85.627,62 €) correspondiente a las facturas indicadas en el último antecedente de hecho, condenando, en cualquier caso, al pago de los intereses legales correspondientes desde las fechas de los pagos, todo ello con expresa declaración de mala fe e imposición de costas a los demandados.*"

2. La procuradora D<sup>a</sup>. Irma Amaya Correa en nombre y representación de D. Camilo , presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*se dicte sentencia en la que se desestime la demanda en cuanto a lo que se pide a mi mandante, con la consiguiente estimación total de las pretensiones deducidas por esta parte en el presente escrito, todo ello con expresa imposición de las costas del incidente a la administración concursal en cuanto promotora del referido incidente.*"

La procuradora D<sup>a</sup>. Irma Amaya Correa en nombre y representación de la mercantil Jenmeri, S.L., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*se dicte sentencia en la que se desestime la demanda, con la consiguiente estimación total de las pretensiones deducidas por esta parte en el presente escrito, todo ello con expresa imposición de las costas del incidente a la Administración Concursal en cuanto promotora del referido incidente.*"

Y, la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "*[...] teniéndonos por allanados al presente incidente concursal. Todo ello sin imposición de costas a esta parte de acuerdo con el artículo 395.1 LEC.*"

3. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, Incidente Concursal nº 46/2010, dictó Sentencia el 11 de octubre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva: "*[...] Estimo parcialmente la demanda incidental*



*interpuesta por el Administrador concursal contra Jenmeri, SL y contra Don Camilo , y acuerdo la rescisión del pago correspondiente a la factura nº NUM000 , de fecha 30 de abril de 2008, por importe de 35.100 €, y condeno al demandado a restituir a la masa activa del concurso dicha suma, sin expresa condena en costas."*

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la Administración concursal de Jenmeri, S.L. La representación procesal de Jenmeri, S.L., Ferretería la Luz, S.L., Inversiones Carpymen Canarias, S.L., D. Camilo y Construcciones y Reforman Vian Alcalá, en el Procedimiento 14/2008, se opuso al recurso de apelación interpuesto de contrario, en el incidente concursal 46/2010.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó Sentencia núm. 388/2012 el 9 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva decía:

*"1. Se estima el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal, de la entidad Jenmeri, S.L., revocándose parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas del mismo.*

*2. Se estima íntegramente la demanda interpuesta por la Administración concursal de la entidad Jenmeri, S.L. contra la propia entidad Jenmeri S.L. y contra Camilo , acordando la rescisión de los pagos relacionados en el hecho segundo de la demanda, por cuantía total de 146.912,55 euros, condenando a Camilo a restituir a la masa activa del concurso dicha suma, más los intereses del artículo 73.1 LC , condenando a ambos demandados solidariamente al pago de las costas procesales causadas."*

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

5. La representación de D. Camilo , interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en el siguiente motivo:

**"ÚNICO.-** Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 71 de la LC , precepto cuya vigencia no supera cinco años, en su redacción introducida por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, sin que exista jurisprudencia sobre la misma o sobre otra de igual o similar contenido, toda vez que en el caso de autos no se ha acreditado el perjuicio patrimonial."

6. Por Diligencia de ordenación de 26 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la procuradora Dª Mª de los Ángeles Martín Felipe en nombre y representación de D. Camilo . Nadie comparece en calidad de parte recurrida.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 20 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Camilo , contra la sentencia dictada el 9 de octubre de 2012, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 249/2012 , dimanante de incidente concursal 46/2010, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife.*

*2º) No habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, queden los autos pendientes de señalamiento del día y hora para la celebración de la vista, o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación. "*

9. Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 30 de septiembre de 2014, para votación y fallo el día 26 de noviembre de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Sebastian Sastre Papiol, Magistrado de Sala

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.**

Para la resolución del presente recurso es de interés consignar los siguientes hechos:

1. La Administración concursal de la concursada Jenmeri, S.L. solicitó la rescisión y reintegro del pago de 154.438,18 euros, efectuado a D. Camilo en concepto de honorarios profesionales por actuaciones judiciales



de reclamación de cantidad seguidas contra deudores de la concursada y por el procedimiento concursal. El Sr. Camilo no era ni abogado, ni procurador, ni integrante de una agrupación de abogados en régimen de colaboración multiprofesional, por lo que no podía percibir tales honorarios ni por sí mismo ni por medio de un letrado que actuara bajo su ámbito de dirección, por infringir lo dispuesto en el Estatuto General de la Abogacía Española (EGA) aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio.

Los demandados, la sociedad concursada Jenmeri, S.L. y D. Camilo, se opusieron a la demanda, señalando que el Sr. Camilo es titular del Grupo Chaer, de asesoría integral, y tiene a su servicio a distintos abogados, entre otros profesionales, por lo que el pago de los importes reclamados, tanto en la acción principal como en las acciones subsidiarias ejercitadas por la administración concursal, no han ocasionado un perjuicio para la masa, y suponen actos ordinarios de la actividad empresarial del deudor al tratarse de pagos debidos por servicios prestados.

2. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, y rescindió el pago de 35.100 euros correspondiente a una parte de los honorarios pagados anticipadamente, según el presupuesto correspondiente a la fase de seguimiento del concurso de Jenmeri. Entendió bien satisfechos el resto de honorarios correspondientes a las reclamaciones judiciales al considerar que el trabajo lo efectuó un abogado empleado al servicio del despacho cuyo titular es el Sr. Camilo.

3. Recurrió en apelación la administración concursal, actora del incidente.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso, y acordó la rescisión de los pagos por un importe de 146.912,55 euros, condenando a los demandados a su restitución, con los intereses previstos en el art. 73.1 LC. Señaló el Tribunal que, en un sentido amplio, por perjuicio a la masa hay que entender todo aquel acto que impide, disminuye o dificulta la satisfacción colectiva de los acreedores concursales, alterándose injustificadamente las preferencias de cobro previstas en la ley, contraviniendo la paridad de trato. Señaló que las facturas se emitieron a nombre de D. Camilo, que no es abogado ni procurador, ni integrante de agrupación profesional de la abogacía, por lo que no pudo facturar por esos conceptos. Consideró que no se justifica que sea titular de una asesoría integral a empresas o tenga en plantilla varios abogados, pues en este último caso no cumple con los requisitos y condiciones que impone EGA y el RD 1331/2003, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que presten servicios por cuenta ajena. No basta, señaló el Tribunal, las meras manifestaciones del abogado que firmó los escritos de solicitud de concurso, máxime cuando una de las normas citadas, - art. 5 del RD 1331/2006, de 17 de noviembre - exige para el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena un contrato por escrito que era *"de muy fácil acceso para el codemandado.... Y sin que concurran ninguno de los otros requisitos exigidos por la normativa colegial aplicable"*.

Concluyó que, al haberse abonado unas facturas a nombre de persona que no tenía derecho a percibir las, ya que *"el deudor solo está obligado a pagar al abogado y al procurador, siempre previa la presentación de las correspondientes facturas"*, acordó su rescisión y reintegración a la masa.

Impuso a los demandados las costas de primera instancia.

## **RECURSO DE CASACIÓN**

### **SEGUNDO.- Formulación del motivo.**

Se articula en los siguientes términos: *"Al amparo del art. 477.1 LEC por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 71 de la LC, precepto cuya vigencia no supera cinco años, en su redacción introducida por la Ley 38/2011 de 10 de octubre sin que exista jurisprudencia sobre la misma o sobre otra de igual o similar contenido, toda vez que en el caso de autos no se ha acreditado el perjuicio patrimonial"*. Y añade: *"en el caso que nos ocupa, no concurre uno de los dos requisitos que deben darse para que pueda plantearse la acción de reintegración prevista en el art. 71 de la LC; esto es, no hay lugar a dudas que falta el elemento objetivo relativo a que el acto en cuestión causara un perjuicio para la masa activa."*

Según el recurrente no se daría uno de los requisitos exigidos por el art. 71.1 LC, como es la falta de perjuicio para la masa, pues el pago de honorarios por actuaciones procesales anteriores al concurso son propias de la actividad ordinaria, por ser deudas vencidas.

Es la administración concursal quien debiera haber probado el perjuicio.

Se plantea, a continuación, las dificultades interpretativas sobre qué debe entenderse por *"actos perjudiciales"*, así como su prueba, con cita de sentencias de las Audiencias Provinciales, concluyendo que para considerar la existencia de perjuicio *"se precisará de un auténtico sacrificio patrimonial para la masa activa, esto es,*



cuando el negocio (acto) fuera oneroso y la prestación realizada por el deudor no tuviera su justificación en una contraprestación patrimonial equivalente para dicha masa" .

Por último, destaca que los honorarios por la reclamación de cantidades contra terceros deudores de la concursada, han supuesto correlativamente un incremento del activo en más de un millón de euros en virtud de las sentencias firmes conseguidas. Y en cuanto a los honorarios devengados por razón de la presentación del concurso, nos hallamos, dice, ante el cumplimiento de una obligación que viene impuesta por la Ley.

### **TERCERO.- Razones de la Sala para la estimación el recurso**

1. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el significado y alcance del perjuicio patrimonial a que se refiere el art 71 LC ( SSTS 428/2014, de 24 de julio , 363/2014, de 9 de julio , 629/2013, de 26 de octubre , 662/2010, de 27 de octubre , entre las más recientes y las citadas en las mismas como antecedentes).

La posible vulneración denunciada en el motivo está relacionada con los apartados 1 y 2 del art. 71 LC , en el sentido de determinar si el pago de unas facturas por unos servicios prestados por persona que no podía profesionalmente girarlas, ha causado un perjuicio a la masa activa del concurso y deben ser objeto de reintegración.

Es un hecho reconocido por las partes que las facturas giradas contra la concursada iban a nombre individual del recurrente, titular de un despacho que figura bajo la denominación "Grupo Chaer" . El demandado-recurrente no es abogado, ni procurador, ni podía ejercer la abogacía colectivamente, mediante agrupación, conforme preveía el art. 28 del RD 658/2001, de 22 de junio , por el que se aprobó el Estatuto General de la Abogacía (vigente en aquel momento), que exigía que la agrupación tuviera como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio.

El recurrente sí podía contratar abogados que prestaran sus servicios profesionales, en régimen de relación laboral de carácter especial, en concepto de trabajadores por cuenta ajena, que regula el RD 1331/2006, de 17 de noviembre. Pero el recurrente tampoco estableció las condiciones exigidas por dicha norma, pues el art. 4.2, párrafo segundo , impone que los empleadores sean titulares de despachos de abogados, individuales o colectivos, teniendo carácter colectivo aquel "cuya titularidad corresponda conjuntamente a dos o más abogados agrupados, en régimen societario o bajo cualquier otra forma administrativa en derecho" ; por otra parte, el ejercicio de la abogacía por cuenta ajena debe pactarse expresamente por escrito, lo que exige el art. 7 del RD 1331/2006 , requisito que, pese su facilidad probatoria, no ha resultado acreditado por el recurrente.

2. El incumplimiento de la normativa colegial en materia de contratación de abogados por cuenta ajena así como el giro de facturas por conceptos que no se corresponden con la actividad de su titular, supone una clara manifestación de un ejercicio irregular y anómalo de la abogacía, que es merecedor de un reproche ético, deontológico y social. Pero es lo cierto que todas las actuaciones procesales llevadas a cabo en interés de la concursada, incluida la presentación de la solicitud de concurso, fueron suscritas por abogado en ejercicio, el Sr. Camilo , que trabaja por cuenta del demandado.

En el caso enjuiciado nos hallamos ante el ejercicio de una acción de reintegración por unos actos -el cobro de unas facturas que corresponden a unos honorarios de abogados- que, a juicio de la administración concursal ocasionaron un perjuicio para la masa activa. Y con este alcance deben ser examinados tales actos, desde un punto de vista estrictamente concursal.

Tales actuaciones fueron efectivamente realizadas (salvo la percibida anticipadamente por importe de 35.100.-€) en interés de la concursada y, se corresponden con las facturas libradas irregularmente por el Sr. Camilo . Pero, como se ha señalado, una cuestión es que la titularidad formal de las facturas esté a nombre de una persona que jurídicamente no le correspondía percibir, lo que tiene unas consecuencias deontológicas, administrativas y fiscales, y otra, muy distinta, es si el hecho de haber satisfecho tales facturas a persona que no debía percíbilas a título personal, supone un perjuicio para la masa activa, y por ello, los pagos efectuados sean susceptibles de rescisión y reintegración.

En el presente caso, salvo el pago anticipado a que se refiere la sentencia de primer grado, por importe de 35.100.-€, percibido anticipadamente, según el presupuesto de honorarios por la presentación del concurso voluntario de acreedores, -cuyo cobro debe mantenerse rescindido-, las restantes facturas giradas por reclamaciones de cantidad, corresponden a conceptos devengados que fueron satisfechos a su vencimiento.

El pago es válido aún hecho a un tercero cuando se hubiera convertido en utilidad del acreedor, según dispone el art. 1163 CC , párrafo segundo, pues el abogado responsable de los escritos forenses, inclusive los del presente incidente, es empleado del Sr. Camilo a quien defiende.

### **CUARTO.- Costas.**



No procede imponer las costas al recurrente a quien se le devolverá el depósito para recurrir, conforme establece el art. 398.1 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

**Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Camilo , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª, de fecha 9 de octubre de 2012, en el Rollo 249/2012 que, anulamos y dejamos sin efecto y, en su lugar, confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santa Cruz de Tenerife de 11 de octubre de 2010 , en el incidente Concursal 46/2010.

No procede imponer las costas causadas por el recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Sebastian Sastre Papiol, 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.